Unrecht, Tatbestand und Rechtfertigungsgrund im nationalsozialistischen Strafrecht.

Zugleich ein Beitrag zum Problem der Systematik der Rechtfertigungsgründe.

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Johann Wolfgang Goethe-Universität
Frankfurt am Main.

Vorgelegt von
Wilhelm Schmidt
Gerichtsreferendar
aus Wetzlar.

1936

Dissertations-Verlag G. H. Nolte Düsseldorf

Referent: Professor Dr. W. Claß.
Korreferent: Landgerichtsdirektor A. Ungewitter.

Tag der mündlichen Prüfung: 20. Februar 1936.

Meinen Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

Schrifttum.

Ackermann, B.: Das Analogieverbot. Strafrechtl. Abhandlungen, Heft 348. Breslau/Neukirch 1934.
Allfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 8. Aufl. des von H. Meyer begründeten Lehrbuchs, Leipzig 1922; 9. Aufl., Leipzig 1934.
v. Bar: Gesetz und Schuld im Strafrecht. Bd. I, Berlin 1906; Bd. III, Berlin 1909.
— Geschichte des deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien (Handb. des Strafrechts, Bd. I), Berlin 1882.
Baumgarten, A.: Notstand und Notwehr. Tübingen 1911.
— Aufbau der Verbrechenslehre, Berlin 1913.
— Die Wissenschaft vom Recht und ihre Methode. Berlin 1920.
Baumgarten, Edwin: Die Geburtsstunde des modernen deutschen Strafrechts (ZStW. 49 S. 1 ff.).
Beling: Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen 1906.
— Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, Augsburg 1923.
— Grundzüge des Strafrechts. Tübingen 1930.
— Die Lehre vom Tatbestand, Tübingen 1930.
Bergbohm: Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, Leipzig 1892.
Bergenroth: Der übergesetzliche Putativnotstand Strafrechtl. Abhandl., Heft 321, Breslau/Neukirch 1933.
Berges: Der gegenwärtige Stand der Lehre vom dolosen Werkzeug in Wissenschaft und Rechtsprechung. Beitrag zur Lehre von der Täterschaft. Strafrechtl. Abhandlungen, Heft 333, Breslau/Neukirch 1934.
— Pflichtwidrigkeit und Willensstrafrecht. (Deutsches Strafrecht 1934, S. 239 ff.).
— Zum Rechtswidrigkeitsbegriff eines völkischen Strafrechts. (Deutsches Strafrecht 1935, S. 440 ff.).
Berner: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 5. Aufl., Leipzig 1871.
Bierling: Kritik der juristischen Grundbegriffe Bd. III, Tübingen 1905, Bd. IV, Tübingen 1911.
Binder: Rechtsbegriff und Rechtsidee, Leipzig 1915.
— Philosophie des Rechts. Berlin 1925.
— Grundlegung zur Rechtsphilosophie, Tübingen 1935.
Binding: Handbuch des Strafrechts, Allg. Teil, Leipzig 1885.
— Die Normen und ihre Übertretung. Bd. I, 1. Aufl. 1872, 3. Aufl. Leipzig 1916. — Bd. II, 1. 2. Aufl. Leipzig 1914.
Birnbaum: Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens. (Arch. f. Krim. Recht, 1834, S. 149 ff.).
Brütt: Die Kunst der Rechtsanwendung. Berlin 1907.
Claß: Grenzen des Tatbestandes. (Strafrechtl. Abhandlungen, Heft 323. Breslau/Neukirch 1933).
Coenders: Zur Strafrechtsreform (Zsch. d. Akad. f. Dt. Recht, 1935, S. 514 ff.).

Cornelius: Der Rechtsbegriff des deutschen Rechts (Deutsches Recht, 1934, S. 103 ff.).
Dahm-Schaffstein: Liberales oder autoritäres Strafrecht, Hamburg 1933.
Dahm: Gemeinschaft und Strafrecht. Hamburg 1935.
— Das Ermessen des Strafrichters im nationalsozialistischen Strafrecht. (Deutsches Strafrecht, 1934, S. 87 ff.).
— Die Ehre im Strafrecht. (Deutsches Recht, 1934, S. 417 ff.).
Dannenberg: Liberalismus und Strafrecht im 19. Jahrhundert. Berlin 1925.
Denkschrift des Zentralausschusses der Strafrechtsabteilung der Akademie für deutsches Recht, (Über die Grundzüge eines allgemeinen deutschen Strafrechts.), Berlin 1934.
Diener: Gemeinschaft und Strafrecht. (Dt. Strafrecht 1934, S. 306 ff.).
Dohna: Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen, Halle 1905.
— Recht und Irrtum. Leipzig 1925.
— Der Subjektivismus in der Lehre von der Rechtswidrigkeit. (Monatsschrift für Krim. Psychologie, 1934, S. 177 ff.).
Dörr: Die ärztliche Schwangerschaftsunterbrechung nach geltendem und künftigem Recht. (Strafrechtl. Abh., H. 251, Breslau/Nk. 1929).
Ebert: Der Versuch. Gefährdungs- oder Verletzungsstrafrecht. (Deutsche Justiz 1934, S. 480 ff.).
Elster: Artikel „Rechtswidrigkeit" i. Hdw. d. Rechtswissensch. Bd. 4, S. 747 ff.
Engisch: Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht. Tübingen 1930.
Hold v. Ferneck: Die Rechtswidrigkeit, Bd. I, Jena 1903. Bd. II, Jena 1905.
Feuerbach: Lehrbuch des Strafrechts. 1847.
Finger: Strafrecht. 1932.
— Einige Gedanken zur Denkschrift des Preuß. Justizministers „Nationalsozialistisches Strafrecht" (G. S. 104 S. 265, 105 S. 26 ff., S. 99 ff., S. 198 ff.).
Fischer, H. A.: Die Rechtswidrigkeit, München 1911.
Forsthoff: Der totale Staat. Hamburg 1933.
Frank, R.: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., Tübingen 1931.
Frank (Reichsjustizkommissar): Zur Strafrechtsreform (Deutsches Recht, 1934, S. 49 ff.).
— Der deutsche Rechtsstaat Adolf Hitlers. (Deutsches Recht 1934, S. 121 ff.).
— Lebensrecht, nicht Formalrecht. (Deutsches Recht 1934, S. 231 ff.).
Freisler: Willensstrafrecht, Versuch und Vollendung. (Kommendes Strafrecht, Allg. Teil, 1. Aufl., S. 9 ff. 2. Aufl. S. 11 ff.).
— Schutz des Volkes oder des Rechtsbrechers? Fesselung des Verbrechers oder des Richters? Einiges über das zweckmäßige Maß der Bindung des Richters an gesetzliche Straftatbestände. (Deutsches Strafrecht, 1935, S. 1 ff.).
— Volk, Richter und Recht. (Deutsche Justiz 1935, S. 1160 ff.).
— Der Wandel der politischen Grundanschauungen in Deutschland und sein Einfluß auf die Erneuerung von Strafrecht, Strafprozeß und Strafvollzug. (Deutsche Justiz 1935, S. 1247 ff.).
— Deutsches Strafrecht, Vermächtnis und Aufgabe. (Deutsches Strafrecht, 1934, S. 1 ff).
— Nationalsozialistisches Strafrecht. Erwiderung auf die Ausführungen von Prof. Gerland, Jena. (Deutsche Justiz 1934, S. 471 ff.).
Freudenthal: Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht Tübingen 1922.

Gelbert: Sozialistisches Strafrecht. (Deutsches Recht 1934, S. 56 ff.).
— Rechtswidrigkeit und Rechtmäßigkeit im Strafrecht des neuen Reichs. (Deutsches Recht, 1934, S. 275 ff.).
v. Gemmingen: Die Rechtswidrigkeit des Versuchs. (Strafr. Abhandl., H. 306, Breslau/Nk. 1932).
— Strafrecht im Geiste Adolf Hitlers, 1933.
— Probleme der Strafrechtsanwendung, Tübingen 1934.
— Die Erfassung der Rechtswidrigkeit im System eines Willensstrafrechts. (Deutsches Strafrecht, 1935, S. 105 ff.).
Gerland: Deutsches Reichsstrafrecht. Berlin und Leipzig 1932.
— Einige Anmerkungen zu der Denkschrift des Preußischen Justizministers. (Deutsche Justiz 1934, S. 224 ff.).
Göring: Die Rechtssicherheit als Grundlage der Volksgemeinschaft. Hamburg 1935.
Graumann: Die Rechtswidrigkeit als Verbrechensmerkmal im ausländischen Recht. (Strafr. Abh. Heft 276, Breslau/Nk. 1930).
Grünhut: Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht. Tübingen 1926.
Günther, A. E.: Was wir vom Nationalsozialismus erwarten. 1932.
Gürtner: Das kommende deutsche Strafrecht. Allg. T. Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission. Berlin 1934, 2. Aufl. 1935.
— Das kommende deutsche Strafrecht, Bes. T. Berlin 1935.
— Der Gedanke der Gerechtigkeit in der deutschen Strafrechtserneuerung. (Deutsche Justiz, 1935, S. 1241 ff.).
Harms: Apriorität des Rechts und materielle Rechtswidrigkeit. (Strafr. Abhdlg. H. 318, Breslau/Nk. 1933.).
Heck: Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz. Tübingen 1911.
— Das Problem der Rechtsgewinnung, Tübingen 1912.
— Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1932.
— Begriffsjurisprudenz. Tübingen 1933.
Hegel: Gg. W. F.: Grundlinien der Philosophie des Rechts. Stuttgart 1928.
Hegler: Die Merkmale des Verbrechens. (ZStW. 36, S. 19 ff.).
— Festgabe für Frank, 1930, Bd. I S. 251 ff.
Heimberger: Rechtmäßiges und rechtswidriges Handeln. (Vergl. Darst., Allg. T. IV S. 1 ff., 1908).
— Zur Lehre vom Ausschluß der Rechtswidrigkeit. Ein geschichtlicher Beitrag. Gießen 1907.
— Freiheit und Gebundenheit des Richters im weltlichen und kirchlichen Strafrecht. (Frankfurter Univ. Reden.). 1928.
Heinitz: Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit. (Strafr. Abhd., H. 211, Breslau/Nk. 1926).
Henkel: Die Rechtsnatur des Notstandes. Frankf. Diss. 1927.
— Der Notstand nach gegenwärtigem und künftigem Recht. München 1932.
— Strafrichter und Gesetz im neuen Staat. Hamburg 1934.
— Die Unabhängigkeit des Richters in ihrem neuen Sinngehalt. Hamburg 1934.
— Bericht über eine Aussprache von Strafrechtslehrern. (ZStW. 1935, S. 36 ff.).
Hertz: Das Unrecht und die allgemeinen Lehren des Strafrechts. Hamburg 1880.
v. Hippel: Deutsches Strafrecht, Bd. I, Berlin 1925. Bd. II, Berlin 1930.
Hirschberg: Die Schutzobjekte der Verbrechen. (Strafr. Abh., H. 113, Breslau/Nk. 1910).

His: Das Strafrecht des deutschen Mittelalters. I. Teil: Die Verbrechen und ihre Folgen im Allgemeinen. 1920.
— Geschichte des deutschen Strafrechts bis zur Carolina. 1928.
Höhn: Das Gesetz als Akt der Führung (Deutsches Recht, 1934, S. 433 ff.).
— Rechtsgemeinschaft und Volksgemeinschaft, Hamburg 1935.
Hofacker: Rechtswidrigkeit und Kriegsverbrechen. 1921.
Honig: Die Einwilligung des Verletzten. Teil I. Mannheim/Berlin/Leipzig 1919.
Hurwicz: Die Imperativentheorie. 1910.
Janka: Der strafrechtliche Notstand. Erlangen 1878.
Jansen: Pflichtenkollisionen im Strafrecht. (Strafr. Abh. H. 269, Breslau/Nk. 1930).
v. Ihering: Zweck im Recht. 4. Aufl., Leipzig 1904.
Jung: Das Problem des natürlichen Rechts. Leipzig 1912.
Kaufmann: Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie. Eine Betrachtung über die Beziehungen zwischen Philosophie u. Rechtswissenschaft. Tübingen 1921.
Kelsen: Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. 1911.
Keßler: Die Einwilligung des Verletzten. Berlin und Leipzig 1884.
Kissin: Die Rechtspflicht zum Handeln bei den Unterlassungsdelikten. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit. (Strafr. Abh. H. 317, Breslau/Nk. 1933).
Klee: Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe. (Kommendes Strafrecht. Allg. T. S. 56 ff.).
— Die gefährliche Handlung als Grundform des Verbrechens. (Deutsches Strafrecht 1934, S. 113 ff.).
— Nochmals Verletzungs- oder Gefährdungsstrafrecht? (Deutsches Strafrecht, 1934, S. 190 ff.).
Koellreutter: Der nationale Rechtsstaat. Zum Wandel der deutschen Staatsidee. Tübingen 1932.
— Vom Sinn und Wesen der nationalen Revolution. Tübingen 1933.
Köhler: Deutsches Strafrecht. Allg. T. Leipzig 1917.
Kohlrausch: Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht. Berlin 1903.
— Sollen und Können als Grundlagen der strafrechtlichen Zurechnung. Berlin 1910.
Krug: Drei Grundprobleme des kommenden Strafrechts. (Ztschr. d. Akad. f. Dt. Recht, 1935, S. 98 ff.).
Krüger: Rechtsgedanke und Rechtstechnik im liberalen Strafrecht I (ZStW. 54 S. 591 ff.).
Larenz: Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie. Tübingen 1934.
— Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart. 2. Aufl., Berlin 1935.
Lask: Rechtsphilosophie. (Aus Windelband, Die Philosophie zum Beginn des 20. Jahrhunderts). Heidelberg 1905.
Laun: Recht und Sittlichkeit. 3. Aufl., Berlin 35.
v. Liszt: Rechtsgut und Handlungsbegriff im Binding'schen Handbuch. (ZStW. 6, S. 663 ff.).
— Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Enzyklopädie. (ZStW. 8, S. 134 ff.).
v. Liszt-Schmidt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 26. Aufl., Berlin/Leipzig 1932.
Lobe: Leipziger Kommentar. 5. Aufl., Bd. I, Allg. Teil, 1933.
Maurach: Volksethik und Strafrecht. 1934.

Mayer, M. E.: Rechtsnormen und Kulturnormen. (Strafr. Abh., H. 50, Breslau/Nk. 1903).
— Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. Heidelberg 1915.
— Rechtsphilosophie. Berlin 1921.
Merkel, A.: Kriminalistische Abhandlungen, Bd. I: Zur Lehre von den Grundeinteilungen des Unrechts und seiner Rechtsfolgen.
Merkel, R.: Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen. Straßburg 1895.
Mezger: Sein und Sollen im Recht. Tübingen 1920.
— Die subjektiven Unrechtselemente. (G. S. 89 S. 207 ff.).
— Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände. (Festschrift für Ludw. Träger.). Berlin 1926.
— Lehrbuch. 1. Aufl. München 1931.
— Die materielle Rechtswidrigkeit im nationalsozialistischen Strafrecht. I. (ZStW. 1935, S. 1 ff.)
— Täterstrafrecht. (Deutsches Strafrecht 1934, S. 125 ff. und S. 146 ff.).
Münch: Kultur und Recht. Leipzig 1918.
Nagler, J.: Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit. (Festschrift für Binding) 1911.
— Die Grundlagen der Strafrechtserneuerung. (Deutsches Recht. 1934, S. 52 ff.).
Nathan: Über den Ausschluß der Rechtswidrigkeit im Strafrecht. (Strafr. Abh. H. 206, Breslau/Nk. 1923).
Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung. München 1935.
Nationalsozialistische Leitsätze für ein neues deutsches Strafrecht. I. Teil, hsg. v. Reichsrechtsamt der NSDAP. Reichsleiter Dr. Hans Frank., Berlin 1933.
Nationalsozialistisches Strafrecht. Denkschrift des Preuß. Justizministers. Berlin 1935.
Nicolai: Rassengesetzliche Rechtslehre. 2. Aufl., München 1933.
— Rasse und Recht. Berlin 1933.
Oetker: Gedanken zur Reform des deutschen Strafrechts und Strafprozeßrechts. (G. S. 104, S. 1 ff.).
— Notwehr und Notstand. Vgl. Darst. A. T., II, 1908.
Reichel: Gesetz und Richterspruch. Zur Orientierung über Rechtsquellen und Rechtsanwendungslehre der Gegenwart. Zürich 1915.
Rickert: Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft. 2. Aufl., 1910.
— Der Gegenstand der Erkenntnis. Ein Beitrag zum Problem der philosophischen Transzendenz. 3. Aufl., Tübingen und Leipzig 1915.
Rittler: Gesetztes und nichtgesetztes Strafrecht. (ZStW. 49 S. 451 ff.).
Rumpf: Gesetz und Richter. Versuch einer Methodik der Rechtsauslegung. Berlin 1906.
Sauer: Grundlagen des Strafrechts. Berlin und Leipzig 1921.
— Gesetz und Rechtsgefühl. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit im Strafrecht. (ZStW. 33, S. 785 ff.).
— Zur Grundlegung des Rechts und zur Umgrenzung des strafrechtlichen Tatbestandes. (ZStW. 36 S. 449 ff.).
— Die Möglichkeit eines juristischen Grundbegriffes. (Ztschr. f. Rechtsphil. 1, S. 336 ff.).
— Die Ethisierung des Strafrechts. Über die Prinzipien der Strafrechtserneuerung und ihre praktische Auswirkung. (Deutsches Strafrecht, 1934, S. 177 ff.).

Schaffstein: Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts. Berlin 1930.
— Politische Strafrechtswissenschaft. Hamburg 1934.
— Gedanken zur Denkschrift des Preußischen Justizministers über „Nationalsozialistisches Strafrecht". (ZStW. 53, S. 603 ff).
— Die materielle Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht. II. (ZtSW. 1935, S. 1 ff.).
— Zur Problematik der teleologischen Begriffsbildung im Strafrecht. Leipzig 1934.
— Die weltanschaulichen Grundlagen der deutschen Strafrechtsentwicklung seit der Carolina. (Ztschr. d. Akad. f. dt. Recht, 1935 S. 106 ff.).
— Formalismus im Strafrecht. (Deutsches Recht, 1934, S. 349 ff.).
— Das Verbrechen eine Rechtsgutsverletzung? (Deutsches Strafrecht, 1935, S. 97 ff.).
Schlüter: Das Recht der Notwehr nach den Vorschlägen der Amtlichen Strafrechtskommission. (G. S. 105 S. 391 ff.).
Schopenhauer: Über die Grundlage der Moral. (Gesammelte Werke, hsg. v. Frauenstädt, Bd. IV), Leipzig 1891.
Schmidt, Eberh.: Das Reichsgericht und der „übergesetzliche Notstand". (ZStW. 49 S. 350 ff.).
Schmitt, C.: Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens. Hamburg 1934.
— Staat, Bewegung, Volk. 3. Aufl., Hamburg 1935.
— Die Rechtswissenschaft im Führerstaat. (Ztschr. d. Akad. f. dt. Recht, 1935, S. 435 ff.).
— Nationalsozialistisches Rechtsdenken. (Deutsches Recht 1934, S. 225 ff.).
Schottlaender: Die geschichtliche Entwicklung des Satzes Nulla poena sine lege. (Strafrechtl. Abhandlungen, H. 132, Breslau 1911).
Schrey: Der Gegenstand der Einwilligung des Verletzten. (Strafrechtl. Abh., H. 248, Breslau/Nk. 1928).
v. Schwerin: Freiheit u. Gebundenheit im germanischen Staat. Tübingen 1933.
Schwinge: Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht. Bonn 1930.
Siegert: Grundzüge des Strafrechts im neuen Staate. Tübingen 1934.
— Notstand und Putativnotstand. Tübingen 1931.
— Auslegung und Analogie im heutigen Strafrecht. (JW 1935, S. 889 ff.).
— Nulla poena sine lege. Kritische Bemerkungen zu den Vorschlägen der Amtlichen Strafrechtskommission. (Deutsches Strafrecht 1934, S. 376 ff.).
— Der Treuegedanke im Strafrecht. (Deutsches Recht 1934, S. 528 ff.).
Sieverts: Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht. Hamburg 1934.
Somlo: Juristische Grundlehre. 1917.
Stammler: Theorie der Rechtswissenschaft. Halle 1911.
— Rechtsphilosophie. Berlin 1931.
Stier: Das Recht als Kampfordnung der Rasse. Berlin 1934.
Tarnowski: Die systematische Bedeutung der adäquaten Kausalitätstheorie für den Aufbau des Verbrechensbegriffs. (Abhandl. d. Berliner krim. Institut. 4. Folge, 1/2) 1927.
Tesar: Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens. Berlin 1907.
Thierack: Notwehr, Notstand — Rechtfertigungsgründe im neuen Strafrecht. (Denkschrift des Zentralausschusses der Akad. f. dt. Recht, S. 85 ff.).
Thierfelder: Objektiv gefaßte Schuldmerkmale. (Strafr. Abh., H. 308, Breslau/Nk. 1932).

Thierfelder: Normativ und Wert in der Strafrechtswissenschaft unserer Tage. Tübingen 1934.
Thon: Rechtsnorm und subjektives Recht.
Torp: Die Lehre von der rechtswidrigen Handlung in der nordischen Rechtswissenschaft. (ZStW. 23 S. 84 ff.).
Volkmar: Das dynamische Element bei der Neubildung des deutschen Rechts. (Ztschr. d. Akad. f. dt. Recht, 1935, S. 472 ff.).
Wachinger: Frank Festgabe I S. 475 ff.
— Der übergesetzliche Notstand unter besonderer Berücksichtigung des Staatsnotstandes und der Schwangerschaftsunterbrechung. (Mitteil. d. Internat. krim. Vereinigung. N.F., 5. Bd., 1931, S. 103 ff.
v. Weber, H.: Zum Aufbau des Strafrechtssystems. Jena 1935.
Wegner: Kriminelles Unrecht, Staatsunrecht und Völkerrecht. Hamburg 1925.
— Einführung in die Rechtswissenschaft. Berlin 1931.
Wielikowski: Die Neukantianer in der Rechtsphilosophie. 1914.
Wolf, Erik: Strafrechtliche Schuldlehre, Mannheim-Berlin-Leipzig 1928.
— Typen der Tatbestandsmäßigkeit. Breslau 1931.
— Vom Wesen des Täters. Tübingen 1932.
— Der Sachbegriff im Strafrecht. (Festgabe für Reichsgericht, Bd. 5, 1929).
— Krisis und Neubau der Strafrechtsreform. Tübingen 1933.
— Richtiges Recht im nationalsozialistischen Strafrecht. Freiburg 1934.
Wolter: Die Krise der Rechtswidrigkeitslehre. (ZStW. 48 S. 32 ff.).
Württemberger: Das System der Rechtsgüterordnung in der deutschen Strafgesetzgebung seit 1532. (Strafrechtl. Abh., H. 326, Breslau/Nk. 1933).
Zimmerl: Zur Lehre vom Tatbestand. (Strafrechtl. Abh. H. 237, Breslau/Nk. 1928).
— Aufbau des Strafrechtssystems. Tübingen 1930.

Vorbemerkung.

Eine Arbeit, die eine Darstellung der Rechtfertigungsgründe nach der neuen Rechtsauffassung zu geben versucht, hat auszugehen von den Ergebnissen, zu denen die Wissenschaft bisher bei ihren Bemühungen um eine begriffliche und systematische Erfassung der Rechtfertigungsgründe gelangt ist. Diese Ergebnisse sind jedoch keineswegs einheitlich, vielmehr gehört die Lehre von den Rechtfertigungsgründen — erinnert sei nur an den Kampf um die Erfassung des Notstandsbegriffes und den zwischen subjektiver und objektiver Rechtswidrigkeit — in einem Teil ihrer Probleme zu den umstrittensten des gesamten Strafrechts. Es ist nicht einfach so, daß ein fertiger Begriff des Wesens der Unrechtsausschließungsgründe, wie er der alten Rechtsauffassung, nämlich dem liberalen Rechtsdenken entspricht, vorhanden wäre und daß die Aufgabe nur darin bestände, das neue Rechtsdenken auf diesen Begriff anzuwenden, um zu dem nationalsozialistischer Auffassung entsprechenden Begriff der Rechtfertigungsgründe zu gelangen. In diesem Falle hätte zunächst eine Darstellung der Unrechtsausschließungsgründe nach bisheriger Auffassung zu erfolgen, sodann die Entwicklung der Grundsätze nationalsozialistischer Auffassung und schließlich die Anwendung dieser Grundsätze auf den bisherigen Begriff und die sich daraus ergebenden Änderungen. Zu einer einheitlichen Vorstellung und damit einer zufriedenstellenden und in größerem Kreise anerkannten Systematik ist man aber noch gar nicht gelangt.

Die Aufgabe ist deshalb eine doppelte. Einmal ist die Fülle des über unser Problem erschienenen Schrifttums zu sichten. Dabei sind jedoch nicht alle vertretenen Auffassungen unterschiedslos vorzuführen, die für und gegen sie sprechenden Gründe abzuwägen, um dann den Anschluß an eine von der eigenen Auffassung gebilligte Richtung zu vollziehen oder gar die Kombination der vielen möglichen Auffassungen um eine neue zu vermehren.

Nein! Schon die Sichtung des Materials der Arbeit hat von einer bestimmten Stellungnahme auszugehen. Diese kann keine andere sein als die sich aus der nationalsozialistischen Rechtsauffassung ergebende. Probleme, denen nach neuer Rechtsauffassung für die Gestaltung unseres Strafrechts und insbesondere der Entwicklung der Unrechtausschließungsgründe eine besondere Bedeutung nicht mehr zukommt, sind deshalb nur kurz zu behandeln, während den Ansätzen in der bisherigen Entwicklung, die für die Herausarbeitung des Wesens der Rechtfertigungsgründe nach heutiger Auffassung wichtig sind, besondere Aufmerksamkeit zu schenken ist.

Der Darstellung der neuen Rechtsauffassung hat sich deshalb der erste Teil der Arbeit zu widmen. Dabei sind jedoch nur die Probleme zu

berücksichtigen, die für eine Entwicklung der Unrechtsausschließungsgründe von Bedeutung sind. Es ist mithin zu handeln über das Wesen des Rechts, Stellung des Rechts im Staate, Verhältnis von einzelnem und Staat, Sinn und Aufgabe der strafrechtlichen Tatbestände. Innerhalb dieses Rahmens ist besonderer Wert auf die Darstellung der im bisherigen Recht wirksamen liberalen Gedankengänge zu legen. Denn diese gaben sich bisher als die rechtliche Betrachtung schlechthin aus und kamen somit als liberale Prinzipien vielfach gar nicht zu Bewußtsein. Die Gefahr, daß sie als allgemein gültige Rechtsgedanken auch im neuen Recht weiterwirken, kann nur vermieden werden durch eine klare Darstellung ihrer Wirksamkeit innerhalb des bisherigen Rechts. Nach der Herausarbeitung dieser für unsere Aufgabe in Betracht kommenden Grundlinien der neuen Rechtsauffassung kann dann erst eine Übersicht über das Wesen des Unrechts und der Rechtfertigungsgründe erfolgen, wie sie bisher herausgearbeitet worden sind. In einem letzten Teil sind dann die Änderungen aufzuzeigen, die sich für unsere Begriffe aus der nationalsozialistischen Rechts- und Staatsauffassung ergeben.

Erster Hauptteil.

Die nationalsozialistische Staats- und Rechtsauffassung.

A. Die Wirksamkeit liberalen Gedankengutes in unserem Recht.

I. Allgemeingeschichtlicher Überblick.

Das Strafrecht ist wohl der Teil der Rechtsordnung, der am engsten mit der herrschenden Staats- und Wirtschaftsauffassung verbunden ist und der daher bei einer Revolutionierung der geltenden Anschauungen für das Gebiet der Rechtsordnung zuerst mit der „Umwertung aller Werte" beginnt. Dies gilt für die Situation unseres Strafrechts umsomehr, als dieses schon vor der nationalen Revolution nicht als festgefügter Bestandteil der Rechtsordnung dastand, sondern vielmehr innerhalb des überwundenen Rechtsdenkens seit der Jahrhundertwende als reformbedürftig erkannt worden war.

Gesetzliche Grundlage unseres Strafrechts ist das Reichsstrafgesetzbuch vom 15. Mai 1871, das seinerseits wieder beruht auf dem Preußischen Strafgesetzbuch von 1851. Die Jahreszahlen zeigen schon, daß es in einer Zeit geschaffen worden ist, in der die liberale Welt- und Wirtschaftsauffassung vorherrschend war.

Der Sinngehalt dieser Weltanschauung, ihr geschichtlicher Boden, ihr Einfluß auf die Auffassung vom Staate und insbesondere auf das strafrechtliche Denken ist nunmehr in den Grundzügen darzulegen. Denn nur eine Herausarbeitung der geschichtlichen Bedeutung dieser Weltanschauung und ihrer schließlichen Folgen für unser Strafrecht vermag erst zu vollem Verständnis für die Forderungen nationalsozialistischer Rechtsauffassung zu führen. Und nur so ist es möglich, das hier zur Erörterung

stehende Problem der Unrechtsausschließungsgründe in den Bau unseres nationalsozialistischen Strafrechts harmonisch einzufügen.

Ein kurzer geschichtlicher Überblick mag die Kräfte aufzeigen, die die Bindungen und Ordnungen des Mittelalters überwanden, um dann in den letzten zwei Jahrhunderten die Herrschaft über unser Denken zu gewinnen.

Die Renaissance brachte im 15. Jahrhundert den ersten großen Angriff auf das gewaltige Gefüge der mittelalterlichen Welt. Sie erhob den Anspruch auf die Selbständigkeit des machtvollen Einzelmenschen und forderte eine Loslösung von den Bindungen der alleinseligmachenden Kirche und der großen Zahl der anderen überpersönlichen Gemeinschaften, wie sie sich in Zunft und Gilde, Stand und Orden darstellen.

Zwei Jahrhunderte später verlangte der Rationalismus vorurteilslose und freie Betätigung des menschlichen Geistes und Prüfung aller natürlichen und menschlichen Einrichtungen durch die richtende Vernunft. Das Denken sammelte sich auf die diesseitige Welt und führte im 17. Jahrhundert zu der Fülle von Entdeckungen auf den Gebieten der Mathematik, Astronomie und Mechanik. Erfahrung und sinnliche Wahrnehmung hielt man für ausreichend zur Erklärung der Welt. Empirismus und Sensualismus wurden damit die Grundlagen philosophischer Forschung. Der in Holland lebende Jude Baruch Spinoza stellte im Anschluß an Descartes ein geschlossenes System des Rationalismus auf.

In Deutschland erreichte um 1700 die rationalistische Philosophie mit Leibniz ihren Höhepunkt.

Im 18. Jahrhundert gelangte dieses in seinen Wurzeln angedeutete neue Denken auf allen Lebensgebieten der abendländischen Welt zum Durchbruch.

Man machte den Versuch, die Religion vernunftgemäß zu begründen und auf die natürliche Religion eines einfachen Gottesglaubens, der zwar ein höchstes Wesen und die Unsterblichkeit der Seele anerkannte, Offenbarung und Wunder jedoch ablehnte, zurückzuführen. In Deutschland war für diesen Deismus Lessings „Nathan" bezeichnend, für Frankreich Voltaire und sein Kampfruf "Ecrasez l'infâme".

Als Grundlage allen Rechtes wurde ein der Vernunft entsprechendes Naturrecht angesehen. Begründer dieser [1]) Naturrechtslehre war Hugo Grotius in seinem berühmten Werk „De iure belli ac pacis libri tres" (1625). Grotius war es auch, der als erster in der neueren Zeit eine selbständige Strafrechtstheorie aus der Vernunft entwickelte [2]). Vom Naturrecht ausgehend, begründete John Locke 1690 die Lehre des politischen Liberalismus. Die Freiheit wurde nicht mehr als ein Vorrecht bestimmter Stände, wie im Mittelalter angesehen, sondern erscheint als ein von der Natur gegebenes Recht. Nur sie vermag den einzelnen Menschen immer höher zu entwickeln. Das Widerstandsrecht des Volkes gegen

1) nämlich der konkreten, in der Aufklärungszeit vertretenen Naturrechtslehre. Der erste bekannte Vertreter naturrechtlicher Gedanken ist Aristoteles, der in seiner Ethik das von Natur (physei dikaion) und das durch Satzung Gerechte (nomo dikaion) unterscheidet und in den Fällen, die im gesetzten Recht nicht geregelt sind, Berichtigung des gesetzten Rechtes durch das naürliche Recht verlangt.

2) vgl. von Hippel I. S. 260 oben.

die Verletzung von Freiheit und Eigentum wurde proklamiert. Eine vom Volk bestellte Regierung erschien als die beste. Locke wurde damit auch zum philosophischen Begründer des Parlamentarismus. Staatsrechtlich vertritt er die Staatsform der konstitutionellen Monarchie. Locke's Lehre wurde von Montesquieu fortgebildet und im „Esprit des lois" 1748 ausgebaut zur Lehre von der Trennung der Gewalten, deren Gleichgewicht jede Willkür verhüten sollte.

Die Physiokraten und Adam Smith übertrugen diese Gedanken auf das Gebiet der Wirtschaft. Laissez faire, laissez aller wurde der Kampfruf gegen die staatliche Bevormundung des Wirtschaftslebens und verdichtete sich in dem Verlangen nach Gewerbefreiheit, Handelsfreiheit und Freizügigkeit.

Rousseau lehrte in seinem „Contrat social" 1762 die Entstehung des Staates durch einen Vertrag und gelangte zu den Forderungen von Gleichheit und Freiheit und zu dem Gedanken der Volkssouveränität. Die Demokratie erschien ihm als die einzig vernünftige Staatsform.

Die Popularphilosophen, an ihrer Spitze Voltaire, verbreiteten die Lehren der Aufklärung in die weitesten Kreise. Der Glaube an die Allmacht der Vernunft wurde zu einer neuen Religion, die die Menschen aus dem „finsteren Mittelalter" befreien sollte. Der erste Rektor der Universität Halle, Thomasius, wandte sich gegen Hexenprozesse und Folter (um 1700). 1740 schaffte Friedrich der Große gleich nach seinem Regierungsantritt die Folter ab. Joseph der Zweite beseitigte als erster die bäuerliche Leibeigenschaft und gab den Juden die bürgerliche Gleichberechtigung. Der Gedanke der religiösen Duldung setzte sich durch. Sogar der Papst zollte dem Zeitgeist seinen Tribut und hob 1773 den Jesuitenorden auf[3]). Die Schranken von Völkern und Bekenntnissen erschienen vor der Vernunft als unsinnig. Man glaubte an eine allen Menschen gemeinsame Sittlichkeit, an die Menschenliebe, die Humanität. Die „Logen" der Freimaurerorden begannen, von England ausgehend, ihr Werk und suchten über alle völkischen und kirchlichen Unterschiede hinweg den Gedanken einer innerlich verbundenen Menschheit zu verwirklichen.

II. Der Einfluß des liberalen Denkens auf dem Gebiete des Strafrechts.

Gerade auch auf dem uns interessierenden Gebiete des Strafrechts wurden die Reformforderungen der Aufklärer zu einem Brennpunkt im Kampf um eine Neugestaltung der überkommenen Verhältnisse. Voltaire und Beccaria gelangen in ihrem Kampfe gegen das verrottete alte Recht zu europäischer Berühmtheit. Insbesondere wird Beccaria's Buch „Dei delitti e delle pene"[4]) (1764) von weitesttragender Bedeutung für die künftige Entwicklung des Strafrechts[5]). Vom Gesellschaftsvertrage aus-

3) Clemens XIX. durch die Bulle: „Dominus ac redemptor noster". Er tat dies allerdings nicht aus Liebe zur Aufklärung, sondern unter dem Druck der romanischen Staaten Portugal, Frankreich und Spanien, die die Jesuiten als Staatsfeinde auswiesen.

4) Über Verbrechen und Strafen.

5) vgl. zum folgenden von Hippel I, S. 269.

gehend betrachtet er als das Ziel der Gesetzgebung das möglichste Wohl möglichst Vieler. Den Sinn des Gesellschaftsvertrages erblickt er darin, daß jeder Bürger von seiner persönlichen Freiheit nur so viel abgibt, als unbedingt erforderlich ist, um ein gedeihliches Zusammenleben im Rahmen des Staatsganzen zu ermöglichen. Die Befugnisse des Staates, zu strafen, ergeben sich deshalb nur aus diesem kleinen Teil der vom einzelnen abgetretenen Rechte. Daraus folgt, das nur die Gesetze die Strafen bestimmen können und nicht ein Beamter, und daß der Souverän nicht den Einzelfall besonders beurteilen kann, sondern nur nach den für alle gleichverbindlichen Gesetzen. Eine freie Auslegung der Gesetze steht dem Richter nicht zu. Er hat einen gegebenen Sachverhalt lediglich nach den Grundsätzen der Logik dem Gesetze zu subsumieren. Nur auf diese Weise erscheint die Sicherheit der Bürger vor Willkür gewährleistet [6]).

Alle die bis in die jüngste Zeit hinein so mächtig wirkenden strafrechtlichen Glaubenssätze wie der Grundsatz nulla poena sine lege, das Analogieverbot, der Glaube an eine geschlossene und lückenlose Gesetzgebung, der zum Positivismus des 19. Jahrhundert führte, der individualistische Rechtssicherheitsgedanke und die Trennung von Recht und Sittlichkeit sind, wie sich aus diesen Andeutungen schon ergibt, in dem Werke Beccarias enthalten.

Ihre gesetzgeberische Verwirklichung finden die neuen Ideen zunächst in dem Strafgesetzbuch Josephs II. von 1787, in der Erklärung der Menschenrechte durch die französische Revolution von 1789 und im Preußischen Landrecht von 1794.

Auf Einzelheiten dieser Entwicklung einzugehen, verbietet sich im Rahmen unseres Themas. Es kann daher nunmehr übergegangen werden auf das Wirken Anselm von Feuerbachs, der „dem Denken der Aufklärung die spezifisch strafrechtliche Wendung" gab, „indem er das zu Ende dachte, was bereits im Ausgangspunkt der Aufklärung, ihrem Rechts- und Gesetzesbegriff, gegeben war" [7]). Feuerbachs Wirksamkeit wurde für die strafrechtliche Entwicklung des 19. Jahrhunderts von entscheidender Bedeutung. Er wurde durch sein Lehrbuch, das die erste Hälfte des vorigen Jahrhunderts beherrschte, der Begründer der modernen Strafrechtswissenschaft. Gleichzeitig aber brachte ihm seine Fähigkeit zum exakten Formulieren von Gesetzen — er war der Schöpfer des Bayrischen Strafgesetzbuches von 1813 — zu ebenso bedeutendem und in die Zukunft wirkendem Einfluß in der Praxis der Gesetzgebung.

Feuerbach übertrug die naturrechtliche Lehre vom Staatsvertrag auf das Gebiet des Strafrechts. Das Recht zur Verhängung der Strafe ergibt sich nach ihm aus der Einwilligung des Rechtsbrechers, der wissend, daß auf seine Tat die Strafe folge, dennoch die Lust zur Begehung der Tat nicht überwindet [8]).

6) vgl. Henkel, Strafrichter und Gesetz, S. 15. vgl. auch Dei delitti e delle pene, deutsch von Esselborn, 1905, § 4: „Bei jedem Verbrechen muß der Richter einen vollständigen Vernunftschluß aufstellen. Den Obersatz bildet das allgemeine Gesetz, den Untersatz die Handlung, die dem Gesetz entspricht oder nicht, den Schlußsatz die Freiheit oder die Strafe."

7) Vgl. Henkel, a.a.O.

8) §§ 13 und 14 des Lehrbuchs.

Die notwendige Voraussetzung dieser Theorie des psychologischen Zwanges ist, daß der Verbrecher die Strafdrohung kennt. Eine Bestrafung kann deshalb nur dann erfolgen, wenn eine Handlung vor der Begehung der Tat durch einen gesetzlichen Tatbestand mit Strafe belegt worden ist. Damit wird gleichzeitig der Verbrecher vor richterlicher Willkür geschützt. Der Satz nulla poena sine lege, der in dieser seiner lateinischen Formulierung von Feuerbach geprägt worden ist, und das Analogieverbot werden damit zu Grundpfeilern des strafrechtlichen Systems. Dem Gesetzespositivismus wird damit die Bahn geebnet und v. Bar[9]) weist zutreffend darauf hin, daß man die Feuerbach'sche Theorie des psychologischen Zwanges richtiger noch bezeichnen könne als die Theorie des positiven Gesetzes. „Die Strafe wird gerechtfertigt durch das positive Gesetz, sie geht so weit, und nur so weit, als man Wirkungen von einem positiven, d. h. einem publizierten, zu jedermanns Kunde zu bringenden Gesetze erwarten kann. Dies ist der wahre Kern seiner Theorie; die Abschreckung spielt eine mehr untergeordnete Rolle."

In der Tat führt die Feuerbach'sche Theorie folgerichtig zum Gesetzespositivismus und damit zur Überwindung des Naturrechts, das sie zum Ausgangspunkt genommen hatte.

Von großem Einfluß auf die weitere Entwicklung wird ferner Feuerbachs scharfe Trennung von Recht und Sittlichkeit, die sich aus der individualistischen Seite der Aufklärung ergibt. Die Tat wird nicht wegen ihrer Sittenwidrigkeit oder gar Sündhaftigkeit gestraft, sondern wegen ihrer Gefährlichkeit und Schädlichkeit für den Staat. Folgerichtig wird deshalb z. B. im Artikel 401 des Bayrischen Strafgesetzbuches von 1813 der Ehebruch im Kapitel über Beeinträchtigung fremder Rechte durch Untreue zusammen mit der Untreue der Bevollmächtigten (Art. 399) und der Untreue der Rechtsanwälte (Art. 400) abgehandelt.

Feuerbach hat zwar durch sein Schaffen „dem Denken der Aufklärungszeit die spezifisch strafrechtliche Wendung"[10]) gegeben, er geht aber auch schon einen Schritt weiter und setzt an die Stelle des Rechtes, das mit uns geboren ist, den Gedanken des positiven Gesetzes. Damit ist für das Strafrecht der Übergang zum formalen, liberal-rechtsstaatlichen Denken gefunden, der Weg für die bis zur nationalsozialistischen Revolution herrschende liberale Strafrechtsauffassung frei gemacht.

Auch diese Auffassung ergibt sich folgerichtig aus dem Denken der Aufklärungszeit. Auf politischem Gebiete führte die Aufklärung zur Überwindung des mittelalterlichen Ständestaates — in Frankreich auf dem blutigen Wege der Revolution, in Preußen, dank der überragenden Persönlichkeit Friedrich des Großen, auf dem Wege der Evolution — und zur Befestigung einer zentralisierten Staatsverwaltung[11]). Dem so gestalteten Staat, der seine Existenz ableitete aus dem von den einzelnen Individuen abgeschlossenen Gesellschaftsvertrage, oblag es als vornehmste Pflicht, für das Wohl dieser einzelnen Individuen zu sorgen.

---

9) Seite 249 des Handbuchs. 1. Band: Geschichte des Deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien. Berlin, 1882.

10) vgl. Henkel a.a.O.

11) vgl. Dannenberg, Liberalismus und Strafrecht, S. 4.

Er tat dies in umfassender Weise im Polizeistaat des aufgeklärten Absolutismus. Beispielhaft die unendlich vielen Bestimmungen des Preußischen Landrechts, die bis in die privateste Sphäre des einzelnen regelnd eingreifen. Diese wohlmeinende Bevormundung des „aufgeklärten" Menschen seitens des Staates wurde schließlich von jenem als zu drückend und unwürdig empfunden und führte zu dem Gedanken der Freiheit des Individuums vom Staate, zum Gedanken des Liberalismus, wie er im 19. Jahrhundert verstanden wurde. Der moderne Liberalismus ist somit, um mit den Worten Dannenbergs [12]) zu reden, „entstanden als Reaktion gegen den Staatsabsolutismus der Aufklärungszeit und zwar in Fortentwicklung der naturrechtlich-individuellen Seite dieser geistigen Bewegung". Der aus dem Naturrecht geborene Individualismus verleugnet, einmal selbständig geworden, seine Herkunft und sucht in seinem Streben nach Sicherheit Zuflucht in der Norm des geschriebenen Gesetzes.

Die neue Auffassung trat ihren Siegeszug an und erhielt bald in den partikularrechtlichen Kodifikationen ihren gesetzgeberischen Ausdruck. Ihre Krönung fand sie in dem Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871. Allerdings setzten sich die liberalen Gedankengänge nicht in voller Reinheit durch, sondern die in Deutschland geschichtlich gegebene Wirklichkeit des Obrigkeitsstaates führte zu einer eigenartigen Mischung konservativ-autoritärer und liberalistisch-individualistischer Elemente. Das Strafrecht spiegelte damit in seinem Bereich den Aufbau des Staates wieder, der Obrigkeitsstaat, zugleich aber auch Rechtsstaat war.

Seine liberale Seite zeigt sich in den scharfumrissenen Tatbeständen, die den Bürger vor staatlicher Willkür schützen sollen, und gerade auch in gesetzlich genau typisierten Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen; ferner in dem formalabstrakten Täterbegriff und in seiner individualistischen Auffassung der strafrechtlich geschützten Rechtsgüter.

Konservativem Rechtsdenken entspricht die Vergeltungsstrafe, die autoritäre Erfolgshaftung und der weite Rahmen richterlicher Strafzumessung.

Die ersten Jahrzehnte nach dem Inkrafttreten des Strafgesetzbuches wurden ausgefüllt von dogmatischem Schaffen. Dabei wird in der wissenschaftlichen Arbeit der Wortlaut des geschriebenen Gesetzes in den Mittelpunkt der Rechtsforschung gestellt. Ein Zurückgehen auf den Zweck der einzelnen Rechtssätze wird als unjuristisch (außerjuristisch) abgelehnt. Weltanschauliche, politische, wirtschaftliche oder sittliche Erwägungen haben als willkürliche subjektive Gesichtspunkte, die nur die Sicherheit der Rechtsanwendung bedrohen, auszuscheiden. Die formale Logik allein soll das Mittel sein, um zu einer Erfassung des Gesetzes zu gelangen. Der bedeutendste Vertreter dieser begriffsjuristischen Methode des Positivismus wird Karl Binding, der insbesondere in seinem großangelegten Werke: „Die Normen und ihre Übertretung" alle strafrechtlich bedeutsamen Begriffe mit erstaunlicher Folgerichtigkeit aus dem Gesetz, und nur aus dem Gesetz ableitet [13]).

12) a.a.O. S. 3/4.

13) Es muß allerdings festgestellt werden, daß das umfassende Wirken eines Genies sich nicht restlos durch die Einordnung in eine zeitlich bedingte

Der sprunghafte Fortschritt der Naturwissenschaften und die damit evident gewordenen Erfolge des sich aus der rationalistischen Seite der Aufklärung ergebenden kausalwissenschaftlichen Denkens wirkten sich notwendigerweise auch auf dem Gebiete des Strafrechts aus und führten zu neuen Auffassungen und damit zu Reformforderungen. Es genügt schon, in diesem Zusammenhange hinzuweisen auf die kriminalanthropologische Strafrechtsschule Lombrosos und die in Deutschland zu großem Einfluß gelangende kriminalsoziologische Strafrechtsschule v. Liszts. Die Zeit des Schulenstreites zwischen der klassischen und modernen Strafrechtsschule begann. Rückblickend kann man mit Mezger [14]) den Gegensatz der Schulen formulieren als „eine stärkere Betonung des generalpräventiven Zwecks der Strafe und der liberal-rechtsstaatlichen Aufgaben des Strafrechts" seitens der Klassiker und „als eine solche des spezialpräventiven Zwecks der Strafe und der sozial-polizeistaatlichen Aufgaben" seitens der Modernen. Hinzugefügt muß werden, daß die Diskussion beider Parteien immer im Rahmen der liberalen Staats- und Rechtsauffassung blieb und damit die Verschiedenheit der Auffassungen eine solche von „Brüdern gleicher Stammeseigenart" [15]) war. Im selben Rahmen blieb der Geist der Reformentwürfe von 1909 bis 1930.

Die Jahre nach dem Umsturz von 1918 brachten für das Strafrecht und seine Reform zu den alten liberalistischen Gedankengängen den marxistisch-sozialistischen Einfluß und in seinem Gefolge die Gefahr des Zerfalls und der Auflösung des Strafrechts und seiner Pflege [16]).

B. Die nationalsozialistische Auffassung.

Der nationalen Revolution blieb es vorbehalten, wie auf allen Gebieten unseres Seins, so auch auf dem des Strafrechts, von Grund auf neu zu bauen. Das strafrechtliche Denken und seine Begriffe werden nunmehr ausgerichtet nach der einheitlichen Weltanschauung des Nationalsozialismus.

Im Mittelpunkt des Staatsaufbaues steht nicht mehr der einzelne, sondern das Volk. Alle anderen Einrichtungen sind diesem untergeordnet und gestalten sich nach den ewigen Gesetzen, denen das Volk selbst in seinem Werden und seiner besonderen rassischen Eigenart unterworfen ist. Damit wird die Staatsbegründungslehre der Aufklärung, die das Individuum zur Grundlage des Staatsaufbaues macht, überwunden. Der liberale Rechtsstaat, dessen Zweck darin bestand, dem Individuum mög-

---

Richtung charakterisieren läßt. Seine positivistische Grundhaltung hinderte Binding nicht daran, gerade auch auf dem Gebiete der Rechtfertigung tatbestandsmäßigen Verhaltens zu Ergebnissen zu gelangen, die auch vom Boden der materiellen Unrechtsauffassung im Ergebnis als richtig anerkannt werden müssen. Mit vollem Recht sagt deshalb v. Gemmingen (Rechtswidrigkeit des Versuchs, S. 60): „Binding war seinen Vorsätzen nach Positivist, seiner Leistung nach Teleologiker ersten Ranges".

14) S. 37 des Lehrbuchs I. Aufl.

15) Wolf, Krisis und Neubau, S. 23.

16) Näheres darüber in Dahm-Schaffstein, Liberales oder autoritäres Strafrecht, S. 28 ff.

lichst ungestörte Entwicklung seiner privaten Existenz zu ermöglichen, wird ersetzt durch den nationalen Rechtsstaat, dessen vornehmste Pflicht es ist, für den Bestand unserer völkischen Lebensordnung zu sorgen und die Grundlagen für die Erhaltung von Volkstum und Rasse zu wahren. Der autoritäre Aufbau dieses Staates und das unbedingte Zurückstehen des Einzelinteresses hinter den Erfordernissen der Volksgemeinschaft schließt den Begriff des Rechtsstaates nicht aus. Der liberalen Rechtslehre allerdings erschien die Sicherung der Freiheitssphäre des einzelnen als das wesensnotwendige Merkmal eines Rechtsstaates. Dieses Merkmal kennzeichnet aber nicht den Rechtsstaat schlechthin, sondern nur den auf einer bestimmten historischen Situation heraus entstandenen liberalen oder bürgerlichen Rechtsstaat [17]). Für den Rechtsstaat als solchen ist es nur wesentlich, ob die beiden Grundwerte innerhalb des staatlichen Seins, der politische Wert und der Rechtswert, überhaupt anerkannt und in bestimmter Weise abgewogen sind [18]). Der Rechtsstaat bedeutet deshalb „der Idee nach einen Staat, in dem das Macht- und Ordnungsmoment dadurch zum Ausgleich gelangt sind, daß in ihm in gleicher Weise den Forderungen der Gerechtigkeit wie den nationalpolitischen Lebensnotwendigkeiten Genüge geschieht" [19]). Die Anerkennung des Rechtswertes als solchen steht also außerhalb jeder Diskussion [20]). Die Sicherung der individuellen Freiheitsrechte der Person hat allerdings weitgehend zurückzutreten hinter der Sicherung der nationalen Lebensordnung. Die Freiheit des einzelnen wird damit nicht aufgehoben, sie erhält jedoch einen von dem überkommenen formal-liberalen Freiheitsbegriff wesentlich verschiedenen Inhalt, einen solchen, der weitgehend mit dem germanischen Freiheitsbegriff übereinstimmt und damit deutschem Rechtsdenken zum Durchbruch verhilft. Freiheit kann nicht mehr aufgefaßt werden als eine absolute, ungebundene Freiheit, die nur der Entwicklung des Einzelmenschen dienen soll. Dieser individualistische Freiheitsbegriff hat im völkischen Führerstaate keinen Raum mehr. Er artet allzuleicht aus in Verantwortungslosigkeit gegenüber Staat und Volk und droht damit zu Anarchie und Chaos zu führen. Der deutsche Freiheitsbegriff ist begriffsnotwendig verbunden mit der Verantwortung und der Bindung gegenüber Volk und Staat. Freiheit ist nicht um des einzelnen willen da, sondern sie wird diesem — wie es Leibholz [21]) so schön ausdrückt — nur „geliehen" um der Gemeinschaftswerte willen, für die der einzelne als Glied des Volkes sich einzusetzen hat. Die Bindung des einzelnen wird damit nicht zu einem von außen auferlegten Zwang, sie wird vielmehr aus innerster Überzeugung übernommen zum Wohle der Volksgemein-

17) vgl. Koellreutter: Der nationale Rechtsstaat, S. 32.

18) vgl. a.a.O. S. 33.

19) vgl. Koellreuter: Vom Sinn und Wesen usw., S. 11, Art. Rechtsstaat in Nationalsozialistisches Handbuch S. 3 ff. und Krauß-Schweinichen, Disputation über den Rechtsstaat.

20) vgl. dazu auch Nicolai, S. 59: „Deshalb wird das Dritte Reich ein Rechtsstaat sein. Das Dritte Reich der Zukunft muß den deutschen Rechtsgedanken hüten und pflegen. Das Recht ist das größte Heiligtum, das ein Volk besitzt; es ist Ausdruck und Leben der sittlichen Idee schlechthin".

21) vgl. Leibholz S. 73.

schaft. Damit trifft für die Freiheit im nationalen Rechtsstaate die Deutung zu, die von Schwerin[22]) für die germanische Freiheit fand. Sie ist nicht „ein soziologischer Individualismus, nicht Autarkie und Autonomie des einzelnen, sie ist Herrschaft über das Ganze, durch Herrschaft des einzelnen über sich selbst. So ist germanische Gebundenheit nicht Unterworfensein unter einen fremden Willen, sondern Selbstbeschränkung des einzelnen."

Ist so im Staatsaufbau dem Volke als oberstem Wert der gebührende Rang zuerteilt, so kann das Wesen des Rechts inhaltlich auch nur durch ein Zurückgehen auf das Volk gefunden werden. Das Recht ist dem Volke gegenüber nichts Selbständiges, das mit Hilfe abstrakter Vernunft ersonnen werden kann und dessen so gewonnene rationale Regeln die Ordnung innerhalb des Volkes auf die Dauer erhalten können. Es kann nur dann bestehen und vermag nur dann seine Aufgabe zu erfüllen, wenn es im harmonischen Einklang steht mit der Eigenart des Volkes, dem es zu dienen bestimmt ist. Der einzelne Rechtssatz ebenso wie das größere Gefüge eines ein bestimmtes Rechtsgebiet regelnden Gesetzbuches und schließlich die ganze innerhalb des Staates geltende Rechtsordnung haben sich deshalb wieder auszurichten an einem unverfälschten deutschen Rechtsdenken.

Das Recht wird wieder verstanden, wie es vor der Rezeption der fremden Rechte, insbesondere des römischen Rechtes, in Deutschland aufgefaßt worden ist. Dem Deutschen erscheint das Recht als „Ausdruck der sittlichen Weltordnung"[23]). Es beruht nicht auf dem Befehle eines Herrschers oder einer sonstigen, vom Volke verschiedenen Gewalt, sondern es ist der natürliche Ausdruck eines im Volke vorhandenen, jedem eingeborenen Rechtsgefühles. Dieses übereinstimmende Rechtsgefühl der Volksgenossen, das bei der Ordnung der Lebensverhältnisse den rechten Weg zeigt, ergibt sich aus der seelischen Artgleichheit der Menschen. Denn die durch Rasse und Landschaft, Sprache und Geschichte verbundene Gemeinschaft, als die das Volk sich darstellt, zeigt die gleiche Wesensart ihrer Glieder nicht allein in äußeren körperlichen Merkmalen, sondern gerade auch in der seelischen Haltung, in den gleichbleibenden Äußerungen der Rassenseele. Aufgabe des Gesetzgebers ist es, diesem Rechtsbewußtsein entsprechend die positiven Gesetze zu formulieren. Dabei sind nicht die Auffassungen des gegenwärtig lebenden Volkes, also der Zeitgeist allein, maßgebend, sondern der wahre Volksgeist, der zu verstehen ist „in dem Sinne des Rechtsgewissens unseres geschichtlich gewordenen und in die Zukunft hineinwirkenden Volkes"[24]). Die Trennung von Recht und Sittlichkeit wird durch diese Auffassung des Rechtes beseitigt.

Der Unterschied zu dem Denken der Aufklärung ist grundlegend. Das rationale Denken der Aufklärung glaubte alles menschliche Verhalten und Sein durch positive Gesetze regeln zu können. Alleinige Rechtsquelle wurde das geschriebene Gesetz. Recht und Gesetz wurden als Folge dieses Denkens identifiziert. Im Zusammenwirken mit der individualistischen

22) vgl. v. Schwerin, Freiheit und Gebundenheit im germanischen Staat, S. 21.

23) vgl. Nicolai, Rassengesetzliche Rechtslehre, S. 11.

24) vgl. Siegert, Grundz. S. 17.

Seite der Aufklärung führte dieses Denken auf dem Gebiete des Strafrechts, wie oben ausgeführt[25]), zu dem Satze nulla poene sine lege und dem Analogieverbot. Das Strafgesetz wurde nach Liszt's viel zitiertem Wort die „magna charta des Verbrechers" und blieb es auch, als der Wohlfahrtsstaat des Zwischenreiches ihm seine wichtigste Aufgabe nahm, nämlich „magna charta der Staatsinteressen"[26]) zu sein.

Das nationalsozialistische Rechtsdenken jedoch gibt dem Gesetz eine andere Aufgabe. Es dient dazu, dem Richter die Rechtsfindung im völkischen Sinne zu erleichtern[27]). Da es aber niemals in der Lage ist, die unendliche Vielfältigkeit menschlichen Verhaltens erschöpfend zu regeln, ist es Aufgabe des Richters, vorkommendenfalls das Gesetz dem Volksgeiste entsprechend nicht nur auszulegen, sondern auch zu ergänzen[28]).

Der Richter darf allerdings nicht — etwa unter Berufung auf sein Rechtsgefühl oder die gesunde Volksanschauung — gegen das Gesetz entscheiden. Denn damit würde, liberalem Denken entsprechend, das Recht dem Staat gegenübergestellt, ja der Rechtswert im Range über den Staatswert gestellt. Im völkischen Führerstaate bedarf es der Bindung des Richters an die sich im Gesetz ausdrückenden Grundsätze der Staatsführung[29]).

Für das Strafrecht ergibt sich deshalb aus dem Wesen des völkischen Führerstaates als eines Rechtsstaates die Notwendigkeit, die Strafbarkeit eines Verhaltens davon abhängig zu machen, daß es von einem Gesetze für strafbar erklärt ist, bzw. nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes Strafe verdient. Die Strafrechtskommission schlug in der 1. Lesung noch vor, an den Anfang eines neuen Strafgesetzbuches eine Vorschrift folgenden Inhalts zu setzen: „Eine Tat kann nur dann mit Strafe belegt werden, wenn sie im Gesetz ausdrücklich für strafbar erklärt war, bevor sie begangen war"[30]).

---

25) vgl. oben S. 4 ff.

26) vgl. Dahm-Schaffstein, S. 32.

27) vgl. Nicolai, S. 40.

28) Vorbildlich der § 63 des „Bäuerlichen Erbhofrechts" vom 15. Mai 1935 Pr.G.S., S. 165: „Ist eine Frage zu entscheiden die in diesem Gesetze nicht besonders geregelt ist, so hat der Richter unter Berücksichtigung des Gesetzeszwecks so zu entscheiden, wie wenn er im Rahmen zwingenden Reichsrechts als ordentlicher und gewissenhafter Gesetzgeber den Fall selbst zu regeln hätte". Vgl. auch Art. 1 des Schweiz. Zivilgesetzbuches: „Kann dem Gesetze keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden die er als Gesetzgeber aufstellen würde, er folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung".

29) vgl. Henkel, Die Unabhängigkeit usw., S. 29. A. M. Nicolai, „Rassengesetzliche Rechtslehre", S. 40/41, der eine Entscheidung gegen den Wortlaut eines Gesetzes, wenn bei seiner Anwendung Unrecht geschehen würde, zuläßt. Gegen Nicolai auch Siegert, Grundzüge, S. 17/19, der lediglich für den reinen Volksstaat Nicolai zustimmt, nicht aber für den völkischen Führerstaat. (Siegert verweist dabei auf Freisler, Deutsche Justiz, 1933, S. 694 ff.).

30) vgl. Gürtner, Komm. Strafrecht, A. T. 1. Aufl. S. 129.

Diese Vorschrift ist mit der weiteren, die Analogie betreffenden[31]) in der 2. Lesung der Strafrechtskommission[32]) zusammengezogen worden. Der neue Vorschlag wurde — nach einer geringfügigen Änderung — durch Art. 1 des Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches vom 28. Juni 1935 (RGBl. I, S. 839) zum Gesetz erhoben und lautet als § 2 StGB nunmehr: „Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient. Findet auf die Tat kein bestimmtes Strafgesetz unmittelbar Anwendung, so wird die Tat nach dem Gesetz bestraft, dessen Grundgedanke auf sie am besten zutrifft."

Damit ist klargestellt, daß aus der grundsätzlichen Anerkennung des Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege ein Analogieverbot nicht mehr entnommen werden kann. Da es einem nur auf die Sicherheit des einzelnen Individuums abstellenden Rechtsdenken entspringt, war für es im nationalsozialistischen Staat mit der Volksgemeinschaft als oberstem Wert kein Raum mehr.

Der grundsätzliche technische Fortschritt, den die Aufklärung mit dem Verlangen nach festen Tatbeständen bedeutete, wird also beibehalten. Aber die Tatbestände werden nicht mehr zu starren, formalen Regeln, die von den Grundsätzen der Sittlichkeit und Religion streng getrennt sind. Sie stehen vielmehr in lebendiger Wechselwirkung mit diesen Grundsätzen. Das wird dadurch erreicht, daß nicht mehr lediglich beschreibende (descriptive) Tatbestandsmerkmale aufgestellt werden, sondern die weitgefaßten Tatbestände werden wertausfüllungsbedürftige (normative) Merkmale enthalten. Die Wertausfüllung dieser gesetzlichen Begriffe hat nach der Rechtsanschauung des Volkes zu erfolgen, die untrennbar verknüpft ist mit den Auffassungen von Sitte, Religion und Sittlichkeit.

Die Grundlinien der neuen Rechtsauffassung, soweit sie für eine Umgestaltung der Rechtfertigungsgründe in Betracht kommen, sind somit herausgearbeitet. Wir haben nunmehr einen Maßstab gewonnen, an Hand dessen wir an die bisher vertretenen Auffassungen von Recht und Unrecht, sowie von den Unrechtsausschließungsgründen herangehen können.

Zweiter Hauptteil.

Unrecht, Tatbestand und Rechtfertigungsgrund nach dem Stand der Wissenschaft vor der nationalen Revolution.

A. Geschichtlicher Überblick.

Die Aufgabe stellen, einen Überblick über die geschichtliche Entwicklung der Unrechtsausschließungsgründe zu geben, bedeutet schon eine gewisse Vorwegnahme des geschichtlich Gewordenen. Denn die Zusam-

31) vgl. a.a.O. S. 132.
32) vgl. Komm. Strafrecht, A. T. 2. Aufl. S. 213.

menfassung dessen, was man heute Unrechtsausschließungsgründe oder Rechtfertigungsgründe nennt, unter diesen einheitlichen Begriff, ist ja notwendig schon ein Ergebnis geschichtlicher Entwicklung. Bedeutet sie doch die Erkenntnis, daß Notwehr, Notstand, Einwilligung des Verletzten, bindender Befehl, Züchtigungsrechte usw. Begriffe sind, denen es trotz ihrer Verschiedenheit im einzelnen gemeinsam ist, das — allerdings nur scheinbar vorhandene — Unrecht zu beseitigen, die Rechtswidrigkeit auszuschließen. Und gerade die Herausarbeitung dieses Begriffes der Rechtswidrigkeit ist ja das bedeutsamste Ergebnis der gesamten bisherigen Entwicklung.

Das römische Recht, das ältere deutsche Recht, das mittelalterlich-italienische — dieses allerdings mit einer gleich zu besprechenden wichtigen Ausnahme — und das deutsche-mittelalterliche Recht besitzen die uns heute selbstverständliche Erkenntnis, daß die Rechtswidrigkeit ein Begriffsmerkmal des Verbrechens ist, noch nicht. Zwar wurden Notwehr, Notstand, Einwilligung des Verletzten und andere, heute nicht mehr interessierende Unrechtsausschließungsgründe[33]) im einzelnen behandelt, es wurden auch die Fälle erörtert, bei denen es sich nach heutiger Auffassung um Schuldausschließungsgründe oder Strafaufhebungsgründe handelt, aber die Einordnung all' dieser Begriffe in ein System konnte erst erfolgen, als eine wirkliche wissenschaftliche Bearbeitung des Strafrechts entstand. Und diese begann für Deutschland erst mit der Wissenschaft des gemeinen Strafrechts (Mitte des 16. Jahrhunderts bis Ende des 18. Jahrhunderts). Das erste Drittel dieser Zeit der gemeinrechtlichen Wissenschaft stand noch stark unter italienischem Einfluß. Besonders genossen zwei italienische Kriminalisten, Clarus und Decianus, die hervorragendsten Vertreter der blühenden italienischen Strafrechtswissenschaft des 16. Jahrhunderts, in Deutschland hohes Ansehen[34]).

Decianus nun deutete als erster Kriminalist neben anderen Verbrechensmerkmalen die Rechtswidrigkeit in seiner Definition des Verbrechens an. Er bestimmte: Delictum es factum hominis vel dictum aut scriptum dolo vel culpa a lege vigente sub poena prohibitum, quod nulla iusta causa excusari potest. (Tract. Crim. Lib. II, Cap. III Nr. 2)[35]).

Aus den Erläuterungen, die Decianus zu dieser Definition gibt, erhellt, daß er sich über den Begriff der Rechtswidrigkeit durchaus im Klaren war. Er sagt nämlich in diesen Erläuterungen (Tract. Crim. Lib. II Cap. III Nr. 2): Dixi, ‚a lege sub poena prohibitum', ut excluderem quoscumque actus illicitos, qui lege non prohibitum sub poena, ut concubinatus et alia plura, et ut etiam denotetur, nullum esse posse delictum, quod lege aliqua non sit prohibitum ... Dixi demum, ‚quod

33) z. B. die Frage, ob die Tötung eines Geächteten erlaubt sei, ob der nächtliche Dieb straflos getötet werden dürfe, ob Ehebrecher oder Ehebrecherin von dem gekränkten Gatten oder von dem Vater der ehebrecherischen Tochter getötet werden dürfen.

34) vgl. Schaffstein, S. 3.

35) vgl. a.a.O. S. 35. Deutsch: Das Verbrechen ist die vorsätzlich oder fahrlässig begangene Tat — auch ein Wort oder Schriftstück — eines Menschen, welche von einem geltenden Gesetze unter Strafe verboten ist und durch keinen Grund billigerweise gerechtfertigt werden kann.

nulla iusta causa excusari potest', ut excluderem delicta, quae generaliter una lege prohibentur, sed alia speciale quadam ratione excusantur" [36]).

Allerdings steht Decianus mit dieser seiner Formulierung auch innerhalb der italienischen Wissenschaft seiner Zeit auf einsamer Höhe, und selbst die Werke seines berühmten Zeitgenossen Clarus enthalten kaum etwas von jener Erkenntnis [37]). Deshalb dürfte die Bemerkung Heimbergers in seinem geschichtlichen Beitrag zur Lehre von der Rechtswidrigkeit [38]), daß sich eine zusammenhängende Lehre von den Gründen, welche eine an sich strafbare Handlung als straflos erscheinen lassen, bei den italienischen Praktikern nicht finde, trotz dieser Ergänzung von Schaffstein grundsätzlich ihre Richtigkeit behalten.

Die erst in den Anfängen selbständiger Arbeit stehende deutsche gemeinrechtliche Wissenschaft war natürlich erst recht nicht imstande, die verschiedenen Verbrechensbestandteile begrifflich zu scheiden oder sogar den so abstrakten Begriff der Rechtswidrigkeit zu finden.

Die wissenschaftliche Erkenntnis dieser Zeit kam bei ihrer Durchforschung des Verbrechensbegriffes lediglich bis zu der Feststellung, daß das Verbrechen eine vom Gesetz mit Strafe bedrohte, vorsätzliche Handlung sei [39]). Man sah es offenbar als selbstverständlich an, daß eine Handlung, die den Tatbestand einer gesetzlichen Strafdrohung verwirklicht, eine verbotene, mithin eine rechtswidrige sei. Da man nun unter bestimmten Umständen, nämlich bei der Notwehr, der Tötung des Feindes im Kriege, der Tötung des Geächteten, des „fur nocturnus", der Hinrichtung des zum Tode Verurteilten durch den Henker usw., eine an sich strafbare Handlung als erlaubt ansah, hätte es ja eigentlich nahe gelegen, zu der Einsicht zu kommen, daß das Erfordernis der Rechtswidrigkeit einer Handlung durchaus nicht in dem der Strafbarkeit enthalten zu sein braucht. Auf diesen logischen Schluß ist man jedoch nicht gekommen. Es mag dies daran gelegen haben, daß die Unrechtsausschließungsgründe nicht allgemein, sondern nur im Zusammenhang mit bestimmten einzelnen Deliktsgruppen erörtert wurden. So war die Notwehr auf die Tötungsdelikte beschränkt, der Notstand auf den Diebstahl und das Züchtigungsrecht auf die Körperverletzung [40]).

Trotzdem versuchte man den Mangel der Strafbarkeit, insbesondere bei dem Unrechtsausschließungsgrund der Notwehr, aus dem Begriff des Verbrechens heraus zu erklären. Und zwar begründete man das Fehlen der Strafbarkeit in diesen Fällen mit einem Mangel der Schuld,

---

36) vgl. a.a.O. S. 64. Deutsch: Ich habe gesagt, ‚vom Gesetz unter Strafe verboten', um einige unerlaubte Handlungen, die vom Gesetz nicht unter Strafe verboten sind, wie z. B. die wilde Ehe u. a., auszuschließen, und um deutlich kenntlich zu machen, daß das kein Verbrechen sein kann, was durch kein Gesetz verboten ist . . . Ich habe schließlich gesagt, ‚das durch keinen Grund billigerweise gerechtfertigt werden kann', um die Verbrechen auszuschließen, die zwar im allgemeinen durch ein Gesetz verboten sind, aber durch ein spezielles Gesetz gerechtfertigt werden.

37) Ebendort.

38) S. 6 dortselbst.

39) vgl. Schaffstein, S. 66, auch zum folgenden.

40) Siehe a.a.O.

insbesondere mit einem Fehlen der Zurechnungsfähigkeit. Die Rechtfertigungsgründe wurden mithin als Schuldausschließungsgründe konstruiert [41]).

Erst das Vordringen des Naturrechts brachte für die Lehre von der Rechtswidrigkeit und der Unrechtsausschließungsgründe neue Erkenntnisse, da jetzt der allgemeine Verbrechensbegriff und seine Bestandteile in den Mittelpunkt der wissenschaftlichen Arbeit gestellt wurden. Im Jahr 1738 gelingt zum ersten Male einem deutschen Kriminalisten, nämlich Johann Rudolf Engau, in seinem Werk: „Elementa iuris criminalis Germanici-Carolini" die Herausarbeitung des Begriffs der Rechtswidrigkeit als eines selbständigen Verbrechenselementes [42]).

Engau unterscheidet zwischen delictum und crimen. Delictum ist für ihn die rechtswidrige, mit Strafe bedrohte Handlung, und crimen bedeutet das Delikt, das seinem Urheber zugerechnet werden kann. Er unterscheidet also scharf zwischen der objektiven und der subjektiven Seite des Verbrechens. Diese Unterscheidung wird auch — und das ist das grundsätzlich Neue — bei der Erörterung der einzelnen Unrechtsausschließungsgründe beibehalten. Er sagt nämlich in § 334 seines Werkes, daß diejenigen straflos bleiben, „qui lege vel permittente vel iubente caedem fecerunt, si vel maxime animum deliquendi habuerint" [43]). Nach diesem Satze folgt eine Aufzählung der Unrechtsausschließungsgründe bei der Tötung. Die Schuldausschließungsgründe werden jedoch getrennt in einem besonderen Paragraphen erörtert und nicht wie früher, mit den Rechtfertigungsgründen unterschiedslos zusammen.

Die Nachfolger Engaus allerdings lassen bis auf eine Ausnahme [44]) die Anerkennung der Rechtswidrigkeit als eines selbständigen Verbrechenselementes nicht erkennen, zeigen dafür aber andererseits nicht mehr die Begriffsverwirrung von Rechtswidrigkeit und Schuld, wie sie früher herrschte.

---

41) Ohne Einfluß blieb 1671 der Versuch des Jesuiten Hounold, auf der Grundlage seines theologischen Unrechtsbegriffs die Unrechtsausschließungsgründe, insbesondere die Einwilligung des Verletzten und den Notstand, aus dem Fehlen des Verbrechensmerkmals der Rechtswidrigkeit heraus zu erklären. Vgl. Schaffstein, S. 66/67.

42) Hippel sagt in seinem deutschen Strafrecht Bd. 2, S. 182: „Seit Böhmer wird die Rechtswidrigkeit als Begriffsmerkmal des Verbrechens grundsätzlich erkannt". (Eingehend Bd. I, S. 252/253). Und in der Tat erweckt die Definition Böhmers in seinen berühmten „Elementa iuris criminalis" (1737) den Anschein, als ob er sich über das Wesen der Rechtswidrigkeit vollkommen im Klaren gewesen sei. Schaffstein hat jedoch an Hand der Ausführungen Böhmers über Notwehr und Notstand nachgewiesen, daß Böhmer (ebenso wie seine Vorgänger) eine scharfe Unterscheidung zwischen objektiver Rechtswidrigkeit und subjektiver Schuld noch nicht kannte.

43) Deutsch: „die auf Grund einer Erlaubnis oder eines Befehls des Gesetzes einen Mord begangen haben, selbst wenn sie noch so sehr den Vorsatz, das Verbrechen zu begehen, gehabt haben".

44) Johann Christoph Koch in seinen „Institutiones iuris criminalis" (1783) Ed. 6. Er erwähnt die Rechtswidrigkeit der Tat ausdrücklich als Verbrechensvoraussetzung.

Was der gemeinrechtlichen Wissenschaft nicht gelang, vermochte erst recht nicht die Gesetzgebung dieser Zeit zu vollbringen. Und so ist es nicht verwunderlich, daß die Gesetzbücher von der Carolina (1532) bis zu den landesrechtlichen Kodifikationen der zweiten Hälfte des 18. Jahrh. eine Regelung der Unrechtsausschließungsgründe nicht enthalten[45]). Lediglich Notwehr und Notstand werden an einzelnen Stellen mancher Gesetzbücher erwähnt.

Das Zeitalter der Aufklärung brachte auch auf dem Gebiete des Strafrechts grundlegende Änderungen. Das einmal angeregte Problem der Rechtswidrigkeit und der Gründe, die sie ausschließen, verschwand auch in der neuen Zeit nicht mehr aus der Diskussion und beschäftigte, wenn auch nur allmählich vordringend, die Geister. Das Wesen der Rechtswidrigkeit glaubte man zu erkennen als Schadenszufügung, bzw. als Verletzung subjektiver Rechte[46]). Besonders das die erste Hälfte des vorigen Jahrhunderts beherrschende Feuerbach'sche Lehrbuch[47]) sorgte für weiteste Verbreitung dieser Auffassung (§§ 21/23 des Lehrbuchs).

Auch die Gesetzgebung der Aufklärungszeit bestimmt in ihren Definitionen die Rechtswidrigkeit als Voraussetzung des Verbrechens. Als Beispiel erwähnt sei die Begriffsbestimmung des Preußischen Landrechts von 1794, des „einzigen gelungenen großen Strafgesetzes der Aufklärungszeit"[48]). Ein Verbrechen begeht nach seinem § 7: „wer durch eine freie Handlung widerrechtlich Schaden zufügt"[49]).

Auch das erste moderne deutsche Strafgesetzbuch, nämlich das Bayrische Strafgesetzbuch von 1813, dessen Schöpfer Feuerbach ist, zeigt die schon erwähnte subjektive Auffassung der Rechtswidrigkeit. Das Wesen der Verbrechen und Vergehen sieht es „in der Verletzung der Rechte des Staates oder eines Untertans" (Art. 2 Abs. 4).

Der geschichtliche Überblick über die Entwicklung der Unrechtsausschließungsgründe ist damit abgeschlossen. Die Folgezeit führt uns schon zu Problemen, die im systematischen Teil zu behandeln sind.

B. Das Wesen des Rechts und des Unrechts.

I. Konstruktionsfragen.

Die Ergebnisse der bisherigen Dogmatik auf dem Gebiete der Unrechtsausschließungsgründe sind, wie oben schon angedeutet[50]), in sich noch sehr widerspruchsvoll. Soweit die Versuche zur Erfassung des Wesens der Rechtfertigungsgründe schon in ihren Grundlagen nationalsozialistischem Rechtsdenken derart entgegengesetzt sind, daß auch nur geringe Anknüpfungspunkte für eine fruchtbare Weiterentwicklung im Sinne unserer heutigen Rechtsauffassung nicht gegeben sind, haben diese

45) vgl. Heimberger, S. 17.
46) vgl. Hippel II, S. 86 und 182.
47) vgl. Hippel I, S. 294.
48) vgl. Hippel I, S. 282.
49) vgl. a.a.O., S. 277.
50) vgl. Vorbemerkung.

auszuscheiden. Eine Erörterung derjenigen Auffassungen, die das Unrecht und damit auch dessen Ausschluß rein formal aus dem Gefüge des positiven Rechtes heraus erklären wollen, braucht deshalb nicht mehr stattzufinden. Haben wir doch oben gesehen, daß diese Auffassungen völlig im Banne des Aufklärungsdenkens stehen und damit einer überwundenen Epoche unserer Geschichte angehören. Fortzuführen sind aber die Arbeiten derjenigen, die schon innerhalb der bisherigen Dogmatik dem Formalismus den Kampf ansagten, um einen „materiellen" [51]) Begriff der Rechtswidrigkeit zu finden, oder, wie man auch sagte, eine „Realdefinition" [52]) der Rechtswidrigkeit zu geben [53]).

Bei der systematischen Einteilung unseres Stoffes behandeln wir nicht zuerst den strafrechtlichen Tatbestand, sondern den Begriff des Unrechts. Denn dieses ist für den Nationalsozialisten das Primäre. Die Tatbestände sind nicht mehr, wie für den Positivisten, Grundlage, sondern lediglich Ausfluß des im Volke lebenden Rechtes. Bei Zugrundelegung dieses Aufbaues führen wir zunächst einmal äußerlich eine Annäherung an die später darzustellende nationalsozialistische Systematik durch. Wir können dies umso eher, als auch schon vorhandene Systeme namhafter Gelehrter eine derartige Einteilung vorgenommen haben. Der erste, der sich aus dem Banne positivistischen Denkens befreite, war Graf zu Dohna. In seiner Schrift „Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen" (1905) führte er die Auffassung, die die Rechtswidrigkeit mit der Erfüllung des gesetzlichen Tatbestandes gleichsetzt, ad absurdum und sieht in der Rechtswidrigkeit vielmehr die

---

51) So zuerst von Liszt, Lehrbuch, 12. u. 13. Aufl. 1903, S. 140.

52) Max Ernst Mayer, Lehrbuch, S. 179 ff.

53) Vorläufer dieser Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit waren schon Birnbaum (Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens. Archiv für Kriminalrecht 1834, S. 149 ff.), Hertz (Das Unrecht und die allgem. Lehren des Strafrechts, 1880) und Keßler (Die Einwilligung des Verletzten, 1894). Sie begründeten die Interessentheorie. (Näheres darüber bei Mezger, Lehrbuch I. Aufl. S. 199). Nathan (Über den Ausschluß der Rechtswidrigkeit im Strafrecht) gibt dann 1923 unter Zugrundelegung des Interessenbegriffs als erster eine Systematik der Unrechtsausschl. Gründe. Heinitz (Problem der materiellen Rechstwidrigkeit) bezeichnet noch 1926 die formale Auffassung als die herrschende Lehre (S. 27). Auch die 1927 erschienene Monographie Tarnowskis (Die systematische Bedeutung der adaequaten Kausalitätstheorie für den Aufbau des Verbrechensbegriffs) nennt die Gegner der materiellen Rechtswidrigkeit „Anhänger der herrschenden Lehre" (S. 336). Die jüngere Kriminalistengeneration, die vornehmlich die Auffassung der materiellen Rechtswidrigkeit vertrat, setzte sich aber in der Folge immer mehr durch. Eberhard Schmidt nennt im Lehrbuch (Liszt-Schmidt 26. Aufl. S. 177 Anm. 12) als Gegner Allfeld, v. Bar, Baumgarten, Beling, Fischer, Frank, Fuchs, Gerland, Graf Gleispach, Heimberger, Köhler, Löffler, Nagler und Rittler. Bedeutende Namen befinden sich, wie wir sehen, darunter. Aber gerade die bedeutendsten dieser Vertreter der älteren Kriminalistengeneration sind uns schon vom Tode entrissen worden. Die formelle Auffassung trat in der Folge dieses Generationenwechsels schon in den letzten Jahren vor der nationalen Revolution immer mehr in den Hintergrund.

Voraussetzung der Tatbestandsmäßigkeit[54]). Der Umstand, daß Dohnas positive Bestimmung der Rechtswidrigkeit der Kritik nicht standhalten konnte[55]), vermag das grundsätzliche Verdienst der Dohnaschen Arbeit nicht zu schmälern.

M. E. Mayer behandelt zwar in seinem Lehrbuche (1915) die Tatbestandsmäßigkeit[56]) vor der Rechtswidrigkeit[57]), aber er verlangt eine positive Angabe des Wesens der Rechtswidrigkeit. Er hält es für wissenschaftlich unzulänglich, ohne positive Bestimmung der Rechtswidrigkeit sich sofort der Aufzählung der Fälle zuzuwenden, in denen die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen ist[58]). Darüber hinaus hält er es auch für praktisch unmöglich, bei der Vielfältigkeit des Lebens alle die einzelnen Fälle auszudenken, bei denen eine Tatbestandsverwirklichung nicht rechtmäßig ist. In der Polemik gegen die Theorie der negativen Tatumstände[59]) sagt er dann: „Gegen sie sprechen die eben dargelegten Gründe in gleichem Maße wie gegen ein beliebiges Kompendium, das von der Rechtswidrigkeit nicht mehr zu sagen weiß, als daß sie in diesen und jenen Fällen ausgeschlossen ist".

In voller Schärfe betonen auch Wegner[60]) und Tarnowski[61]), daß die Rechtswidrigkeit die Voraussetzung des Tatbestandes bildet.

Auch das Lehrbuch von Liszt-Schmidt bringt in seinem § 31 zuerst eine Darstellung der Rechtswidrigkeit als Begriffsmerkmal und erörtert in diesem Zusammenhange die objektive Rechtswidrigkeit (unter I), sodann die formale und materielle Rechtswidrigkeit (unter II). Im § 32 folgt dann erst bei der Feststellung der Rechtswidrigkeit die Erörterung über Tatbestandsmäßigkeit und Rechtfertigungsgründe. Das Mezgersche Lehrbuch, das ebenso wie die eben erwähnten auf dem Boden der bisher sogenannten materiellen Rechtswidrigkeit steht, spricht zwar auch in dem Abschnitt über die Rechtswidrigkeit zunächst[62]) vom Begriff und der Begründung der strafrechtlichen Rechtswidrigkeit und handelt dann[63]) vom Ausschluß der Rechtswidrigkeit. Bei der weiteren Unterteilung jedoch wird zwar bei 1a (S. 162 ff.) die Rechtswidrigkeit als objektives Unrecht behandelt, dann folgt aber schon gleich unter 1b (S. 173 ff.) die Darstellung der Rechtswidrigkeit als tatbestandsmäßigen Unrechts und erst darauf[64]) die Behandlung der Rechtswidrigkeit als materielles Unrecht.

Diese von den vorher Aufgeführten abweichende Einteilung Mezgers hat allerdings einen bedeutsamen Grund. Die weltanschauliche Zerrissenheit des untergehenden Zwischenreiches war zu groß, als daß die Auf-

---

54) vgl. den ersten Abschnitt: Nachweis der Unzulänglichkeit der bisherigen Lösungsversuche, S. 15 ff., insbes. S. 19/20 und S. 38.
55) vgl. unten S. 53 ff.
56) 3. Kapitel, S. 89 ff.
57) 4. Kapitel, S. 173 ff.
58) S. 174.
59) S. 175.
60) Kriminelles Unrecht, Staatsunrecht und Völkerrecht, S. 45 ff.
61) S. 322.
62) unter 1, S. 162 ff.
63) unter 2, S. 204 ff.
64) unter 1c, S. 197 ff.

gabe einer positiven Bestimmung des Unrechts durch das Zurückgreifen auf ein vorrechtliches Substrat befriedigend hätte gelöst werden können. Das positive Ziel, das die Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit sich gesteckt hatte, wurde nicht erreicht. Wohl aber gelang es dieser Lehre entgegen ihrer ursprünglichen Annahme, daß die Systematisierung der Rechtfertigungsgründe unmöglich sei, gerade auf diesem Gebiete die systematische Zusammenfassung weitgehend zu fördern [65]). Die Folge dieser Beschränkung der Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit auf das Gebiet der Unrechtsausschließungsgründe war die, daß der formale gesetzliche Tatbestand als Grundlage des Unrechts wieder stark in den Vordergrund trat, zum „Geltungs- und Realgrund (ratio essendi) der Rechtswidrigkeit wurde" [66]).

Heute hat sich die Situation insofern grundlegend geändert, als wegen des Fallens des Analogieverbotes, der weitgehenden Normativierung der Strafgesetze und der Schaffung ganzer normativer Tatbestände eine positive Bestimmung des Unrechts unumgänglich nötig geworden ist. Sie ist ja auch infolge der weltanschaulichen Einheitlichkeit des nationalsozialistischen Staates leichter zu finden als im weltanschaulich zerrissenen Parteienstaat.

Aus all' diesen Gründen ist es zweckmäßig, bei der Darstellung der bisherigen Dogmatik von einer positiven Bestimmung des Unrechts auszugehen und erst dann die Tatbestandsmäßigkeit zu erörtern. Dies umsomehr, weil wir den bisherigen Darstellungen durchaus kein fremdes Einteilungsprinzip aufzwingen, sondern wissen, daß eine derartige Einteilung von bedeutenden Autoren schon vorgenommen worden ist.

Wir geben zunächst einen Überblick über den Streit um objektive und subjektive Rechtswidrigkeit. Dann folgt eine Darstellung der Arbeiten, die sich um eine Erfassung des positiven Unrechtsgehaltes bemüht haben und schließlich die Stellungnahme zu diesen Arbeiten. Sodann ist das Verhältnis von Tatbestand und Rechtswidrigkeit zu behandeln. Endlich sind die so gewonnenen Ergebnisse für die systematische Erfassung der Rechtfertigungsgründe zu verwerten.

II. Der objektive Charakter der Rechtswidrigkeit.

Es ist eben bei den Angaben der Einteilung schon die Rede gewesen von den beiden Verbrechensvoraussetzungen Unrecht und Schuld, von objektiver Rechtswidrigkeit und der Rechtswidrigkeit als objektivem Unrecht. Diese Ausdrücke bringen uns schon gleich zu einer wichtigen Streitfrage, deren Entwicklung und vorläufiger Abschluß in der bisherigen Lehre nunmehr darzustellen ist, deren Bedeutung für die heutige Rechtsauffassung uns aber auch später noch eingehend beschäftigen wird.

Es ist nicht die Frage, ob sich die Rechtswidrigkeit gegen ein subjektives Recht oder gegen das objektive Recht richtet. Die Auffassung der Rechtswidrigkeit als einer Verletzung subjektiver Rechte ist von der bisherigen Lehre schon zurückgewiesen worden mit dem Hinweis darauf, daß

65) vgl. Claß, S. 144/45.
66) vgl. a.a.O. S. 146 und Mezger, Lehrbuch, S. 182.

sich ein subjektives Recht gar nicht erklären lasse, ohne eine Bezugnahme auf objektives Recht, daß es lediglich eine „durch das objektive Recht gesetzte Beziehung[67]) sei“[68]). Wir können dem noch hinzufügen, daß die Auffassung, die in der Rechtswidrigkeit lediglich die Verletzung eines subjektiven Rechtes sah, nur aus dem Individualismus der Aufklärungszeit erwachsen konnte[69]).

Die uns hier beschäftigende Streitfrage erhob sich erst dort, wo die als Verletzung eines objektiven Rechts aufzufassende Rechtswidrigkeit näher bestimmt werden sollte, wo angegeben werden sollte, ob diese von der subjektiven Seite (Täterseite) her als eine Pflichtwidrigkeit aufzufassen war, oder ob sie von der objektiven Seite her den Zwiespalt zwischen dem von der Rechtsordnung Verlangten und dem davon abweichenden konkreten Geschehen darstellen sollte.

Mit Recht hebt Zimmerl[70]) hervor, daß wohl kaum ein Problem der ganzen Rechtswissenschaft derart viel behandelt und so heiß umstritten worden ist, wie dieses. Bei der Fülle des über dieses Problem von den bedeutendsten Gelehrten Geschriebenen glaubt er sich damit begnügen zu müssen, sozusagen ein Glaubensbekenntnis zu einem der vertretenen Systeme abzulegen. Und er ist für seine Zeit mit dieser seiner Auffassung durchaus im Recht. Denn was nur irgend an Argumenten für oder gegen eine der vertretenen Auffassungen vorzubringen war, ist in der Tat vorgebracht worden.

Jahrzehntelang tobte der Streit der Meinungen hin und her. Zunächst schien die subjektive Auffassung unter Führung Merkels den Sieg zu erringen[71]). Für Merkel ist das Recht ein Inbegriff von Geboten und Verboten rechtlichen Charakters, die sich infolge dieser ihrer Eigenart nur an den Willen des zurechnungsfähigen Menschen richten können. Das Handeln des Unzurechnungsfähigen kann daher nicht rechtswidrig sein, es sei denn, daß man Unrecht verstehe als eine Verletzung der Rechtsobjekte. Aber dann müßte man auch zu dem widersinnigen Ergebnis kommen, die durch Naturgewalten herbeigeführten Eingriffe in Rechtsobjekte als Unrecht anzusehen. Unrecht kann deshalb nur als schuldhaftes Unrecht angesehen werden. Unrecht und Schuld werden damit gleichgestellt.

R. v. Ihering vertritt allerdings noch in seiner auch im Jahre 1867 erschienenen Abhandlung „Das Schuldmoment im römischen Privatrecht“ eine mehr objektiv orientierte Auffassung. Er wird der Schöpfer des Ausdruckes „objektives Unrecht“. Auch er unterscheidet wie Merkel zwischen rechtlichen und bloß natürlichen Geschehnissen. Unrecht ist bei ihm aber begrifflich auch ohne Verschulden möglich, wenn auch zum Unterschiede von Naturgewalten dieses objektive Unrecht immer auf einen menschlichen Willen bezogen bleibt.

---

67) vgl. Somlo, Jur. Grundlehre, S. 468.
68) vgl. zu dieser Streitfrage im einzelnen Heinitz, S. 3—6 mit Literaturangaben.
69) vgl. oben Seite 7 ff.
70) Zur Lehre vom Tatbestand, S. 1.
71) Kriminalistische Abhandlungen I, S. 42—56.

Auch von Binding wurde in der ersten Auflage der Normen (1872) ein entschieden subjektivistischer Standpunkt vertreten. Er sah alles Unrecht als schuldhafte Normwidrigkeit an und lehnte die Existenz schuldlosen Unrechts ab [72]).

In den späteren Auflagen allerdings [73]) beschränkte er seine Auffassung nur auf den Geltungsbereich der Normen, gibt jedoch zu, daß für andere Unrechtstatbestände (also für das Zivilrecht im besonderen) schuldloses Unrecht möglich sei [74]). Damit war allerdings die Lehre von der Einheitlichkeit der Rechtswidrigkeit aufgegeben.

Binding ist sogar, wie Heinitz [75]) nachgewiesen hat, in den Normen Band II S. 228 ff. und schon vorher in dem Aufsatze Ger. S. 76, S. 1 ff. noch weiter gegangen. Er setzt sich an den genannten Stellen für einen rein objektiven Deliktstatbestand ein und versteht darunter „Verwirklichung seiner Merkmale durch ein nicht schuldhaftes menschliches Verhalten". Den Unterschied vom rechtlichen Zufall findet er wie Ihering darin, daß das menschliche Verhalten Willensverwirklichung ist. Diese Stellen hält Heinitz mit den Bindingschen Ausführungen in den Normen Bd. I, S. 299 zusammen. Es ergibt sich dann als Sinn der Bindingschen Ausführungen, daß es ein „Delikt" ohne Schuld nicht gibt. Man braucht jetzt nur statt „Delikt" strafbare Handlung zu setzen und sieht, daß dieses Ergebnis auch von objektivistischer Seite nicht bestritten werden kann. Heinitz kommt deshalb zu dem Resultat, daß Binding in dieser Frage nicht eigentlich als Subjektivist angesehen werden könne [76]).

Thon indessen, der Schöpfer der Imperativentheorie, trug 1878 in seinem Buche „Rechtsnorm und subjektives Recht" den Angriff in subjektivistischem Sinne entschieden weiter. Für ihn liegt begrifflich in jedem Rechtssatz ein Imperativ, das Recht erscheint als ein Komplex von Imperativen. Er kann jedoch nicht umhin, aus zivilistischen Erwägungen heraus [77]), ein „schuldloses Unrecht" anzuerkennen. Der gordische Knoten, der sich in dieser Lage hinsichtlich des Handelns Geisteskranker ergibt, wird gewaltsam durchhauen durch die Aufstellung der These, daß sich die Imperative des Rechts auch an Unzurechnungsfähige wenden.

Ihren Höhepunkt, zugleich aber auch ihre Überspitzung, erreicht die subjektivistische Auffassung 1880 in dem Werk von Hertz „Das Unrecht und die allgemeinen Lehren des Strafrechts". Unrecht und Schuld werden von ihm nicht nur gleichgestellt — wie Merkel es tat —, sondern das

---

72) S. 135/36.

73) vgl. 3. Aufl., S. 299.

74) vgl. a.a.O., S. 301.

75) S. 10.

76) vgl. dazu auch Normen II, S. 229: „Der objektive Tatbestand bildet das Wesen jeder Rechtsordnung. Die äußere Störung führt zum Kampf gegen sie. Die Erkenntnis der Unverträglichkeit bestimmter Ausgestaltungen menschlichen Verhaltens mit den Bedürfnissen der Rechtsordnung bildet den Grund für die Aufstellung jeder Norm."

77) vgl. S. 77 f. a.a.O., wo er feststellt, daß „gewisse Rechtsfolgen nicht dem Übertretenen zuwider verhängt werden, sondern um anderer Interessen willen, die auch dem Schuldlosen gegenüber gewahrt werden können". (Thon war Zivilist!)

Unrecht wird unter die Schuld gestellt. Schuldloses Unrecht wird zur contradictio in adiecto, schuldhaftes Unrecht erscheint als Tautologie.

Die nächsten 20 Jahre bringen ein starkes Vordringen der objektiven Auffassung. Löffler kann im Jahre 1901 in seinem Aufsatze „Unrecht und Notwehr" [78]) feststellen: „Die ganze reiche Literatur der letzten Jahre ist darin einig, daß es ein objektives Unrecht gebe; trotz eifrigen Suchens konnte ich auch nicht eine widerstreitende Stimme entdecken". In diametralem Gegensatz zu Merkel hält er es „für das einzig Richtige, den Angriff von Tieren und unbeseelten Sachen auf Rechtsgüter als rechtswidrig, als unrecht zu bezeichnen" [79]). Alleiniges Kriterium des Unrechts ist die irgendwie herbeigeführte Veränderung des Rechtszustandes, ganz gleichgültig, ob diese herbeigeführt wurde von einem zurechnungsfähigen Menschen, einem Geisteskranken oder von einer Naturgewalt.

Der Gegenstoß gegen diese weitausgedehnte Auffassung objektiver Rechtswidrigkeit ließ nicht lange auf sich warten. 1903 erschien die Monographie von Kohlrausch „Irrtum und Schuldbegriff" im Strafrecht, Teil I. Die Zurechnungsfähigkeit wird von Kohlrausch als logische Voraussetzung nicht nur der Schuld, sondern auch des Unrechts angesehen [80]). Die Möglichkeit objektiven Unrechts wird von ihm jedoch grundsätzlich anerkannt.

Eine bis zu den letzten Konsequenzen entschieden subjektivistisch aufgebaute Lehre bringt dann im selben Jahre die ausführliche Monographie Hold v. Ferneck's über die Rechtswidrigkeit Bd. 1: Der Begriff der Rechtswidrigkeit (1905 folgte die 1. Abteilung des 2. Bandes, die die Anwendung der im 1. Band herausgearbeiteten Grundauffassung auf Notwehr und Notstand bringt). Auf 398 Seiten gibt Hold v. Ferneck eine eingehende Darstellung des Begriffes der Rechtswidrigkeit. Das Recht ist für ihn ein System von Beziehungen zwischen Menschen. Deshalb muß auch jeder einzelne Rechtsbegriff als Beziehung zwischen einzelnen Menschen dargestellt werden [81]). Als Mittelpunkt des ganzen Rechtssystems erscheint für ihn der „Pflichtbegriff" [82]). Mit Thon stellt

---

78) ZStW. XXI, S. 537 ff.

79) S. 556.

80) Mezger war in seinem Aufsatze über die subjektiven Unrechtselemente Ger. S. 89, S. 221 der Ansicht, daß Kohlrausch trotz der Ablehnung der Imperativentheorie in „Irrtum" S. 50, 57 (vgl. Mezger a.a.O. S. 210) mit Merkel und Hertz Unrecht und Schuld identifiziere. Wegner (S. 40, 59—60) indessen schon zeigte, daß diese Beurteilung der Kohlrausch'schen Auffassung nicht richtig sei. Heinitz wies dann auf S. 10, 11 seiner Abhandlung über das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit nach, daß Kohlrausch die Existenz objektiven Unrechts grundsätzlich anerkenne. Er bezog sich dabei auf die Ausführungen Kohlrausch's auf Seite 12, 24 in „Sollen und Können im Strafrecht", auf S. 181 in: Die Schuld in Aschrott von Liszt, und in Schweiz. Z. 34, S. 154. Inzwischen hat auch Mezger im Lehrbuch 1. Aufl., S. 167, Anm. 11 seine Auffassung korrigiert und gibt zu, daß Kohlrausch grundsätzlich zwischen Unrecht und Schuld unterschieden wissen will. Er verweist dabei auf die Äußerung Kohlrausch's in StGB 28. Aufl., 1928, S. 9.

81) I., S. 16—17.

82) I., S. 94.

er sich auf den Boden der Imperativentheorie[83]). Er vermeidet jedoch bei der Frage nach der Adresse der Gebote des Rechts die Inkonsequenz Thon's und sieht als taugliche Normempfänger ebenso wie Merkel nur Zurechnungsfähige an. Folgerichtig gelangt er zu völliger Gleichstellung von Unrecht und Schuld.

Die Darlegungen Dohnas in „Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestand strafbarer Handlungen" (1905) bringen Ferneck gegenüber eine gewisse Abschwächung. Zwar ist auch für ihn die subjektive Pflichtwidrigkeit des Handelnden notwendiger Bestandteil des Unrechtsbegriffes. Ein rechtswidriges Handeln Unzurechnungsfähiger ist deshalb für ihn nicht möglich. Und zwar nicht deshalb — wie er sich drastisch ausdrückt[84]) — „weil es den Idioten und Säuglingen in der Gesellschaft von Hunden und Blumentöpfen besser geht, als wenn man sie als Menschen betrachtet, „sondern, weil ‚nur bei freiem Wollen und Handeln eines Menschen von Recht und Rechtswidrigkeit gesprochen werden kann, nur der zurechnungsfähige Mensch imstande ist, ein Unrecht zu begehen' "[85]).

Wenn er somit eine sachliche Verschiedenheit von Rechtswidrigkeit und Schuld nicht anerkennt, stimmt er immerhin „zum Zwecke systematischer Einsicht in die Struktur des Verbrechens" dem Gegensatz von Unrecht und Schuld als einem solchen verschiedener Betrachtungsweise zu[86]).

Die in den folgenden Jahrzehnten geleistete wissenschaftliche Arbeit steht dann aber vollkommen im Zeichen der Abkehr von subjektivistischen Gedankengängen und der Auffassung des Rechtes als eines Inbegriffs von Geboten und Verboten.

Die Lehre Kelsens brachte sogar im geraden Gegensatz zu den Imperativtheorien eine völlige Leugnung der Bestimmungsfunktion des Rechtes[87]). Zwar weiß auch Kelsen, daß die Rechtssätze ihrem Zwecke gemäß und in ihrer Wirkung auf die Rechtsunterworfenen bestimmend wirken[88]). Aber diese Einwirkung liegt für ihn nicht mehr auf dem Gebiete der Rechtswissenschaft, sondern auf dem der Soziologie und der Sozialpsychologie. Ihre Betrachtung im Rahmen der Rechtswissenschaft hält er für unjuristisch. Für das Recht ist lediglich die logische Form der Rechtssätze maßgebend. Sie sind Beurteilungsmaßstäbe als „hypothetische Urteile über den an gewisse Umstände gebundenen Willen des Staates zur Unrechtsfolge".

Kelsens reine Rechtslehre, die im Recht lediglich eine von jedem Wirklichkeitsgehalt entleerte rein formale Sollensordnung erblickte, übersieht die Wirklichkeitsseite des Rechtes. Das Recht enthält weder allein

---

83) I., S. 104—116.
84) S. 131.
85) Zitat von Stammler, Notstand, S. 2.
86) S. 70.
87) vgl. Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, S. 189 ff. Kelsens Lehre wird für das Strafrecht insbesondere von Tesar vertreten. Vgl. seine „Überwindung des Naturrechts" 1928.
88) vgl. a.a.O., S. 225.

nur Sollensbestandteile noch allein nur Seinselemente. Es empfängt von beiden seinen Gehalt[89]).

Wenn man deshalb mit Kelsen das Recht nur als einen Komplex von Bewertungsnormen auffaßt, genügt man nicht der Aufgabe des Rechtes, das ja das Handeln der Rechtsunterworfenen, für die die Bewertungen gelten, bestimmen soll[90]).

Das Wesen des Rechts erschöpft sich weder in seiner Gebotsseite (Imperativ!), noch allein in seiner Bewertungsfunktion. Die Bestimmungsfunktion wurde allerdings von der herrschenden Lehre auf das Gebiet der Schuld beschränkt. Damit war bei der Feststelluna der objektiven Rechtswidrigkeit das Recht als Bewertungsnorm maßgebend, bei der Feststellung der Schuld jedoch als Bestimmungsnorm[91]).

Da die Darstellung jeder einzelnen Auffassung in diesem Rahmen zu weit führen würde, werden zweckmäßigerweise in toto die Gründe angegeben, die die herrschende Lehre für ihre Auffassung ins Feld führte. Es muß allerdings an dieser Stelle bereits darauf hingewiesen werden, daß schon in den letzten Jahren vor der nationalen Revolution die Stimmen sich mehrten, die die Richtigkeit der objektiven Unrechtslehre bezweifelten und sich für stärkere Betonung des Gedankens der Pflichtwidrigkeit einsetzten[92]).

Die überwiegende Vorherrschaft der objektiven Unrechtslehre wurde indessen durch die genannten widerstreitenden Stimmen vor der nationalen Revolution nicht erschüttert. Die Herausarbeitung der subjektiven Unrechtselemente und der objektiven Schuldmerkmale führte allerdings dazu, den ausschlaggebenden Unterschied zwischen Rechtswidrigkeit und Schuld nicht mehr allein in dem Gegensatz von objektiver und subjektiver Tatseite zu sehen, sondern vielmehr zu erfassen als Unwerturteil über die Tat (Rechtswidrigkeit) und Unwerturteil über den Täter (Schuld). Daneben kommen die Gegensätze objektiv-subjektiv zur Erläuterung der Regelfälle nach wie vor zur Geltung[93]).

---

89) vgl. dazu Schwinge, Teleologische Begriffsbildung, S. 13, Grünhut, Frank-Festg. I S. 6 f., Mezger, Festgabe f. Heck, Rümelin, Schmidt, S. 28 und Heck, Begriffsjurisprudenz, S. 22.

90) vgl. Finger, Ger., S. 97, S. 273, v. Gemmingen, Rechtswidrigkeit des Versuchs, S. 12 und Sieverts, S. 99.

91) vgl. dazu insbes. Mezger Ger. S. 89, S. 239 ff., und Lehrbuch, S. 166 Eberh. Schmidt in Liszt-Schmidt, S. 174/75, Grünhut, ZStW, Bd. 48, S. 131, Erik Wolf, Schuldlehre, S. 132 und Frankfestgabe II, S. 590, Siegert, Notstand usw., S. 12 ff., Sieverts S. 99.

92) So vor allem, soweit Verfasser sieht, die Bemerkungen von Wegner in Frankfestgabe, Bd. I, S. 128—129, und in Einführung in die Rechtswissenschaft, Bd. II, S. 44, ferner in JW 1931, S. 2776 ff., die Ausführungen von Hellmuth Mayer in Frankfestgabe, S. 599 oben und S. 618 ff. (1930). Ferner die Ausführungen Engisch's in „Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht" (1930), S. 450, die Abhandlung des Freiherrn von Gemmingen über die Rechtswidrigkeit des Versuchs (1932) und die Ausführungen Elster's in HdR, S. 743 ff.

93) In chronologischer Reihenfolge sei die wichtigste Literatur angeführt: Beling, Lehre vom Verbrechen (1906), S. 170 ff., 1909 von Bar, Gesetz und Schuld III, S. 1 ff., 1911 die Monographie Fischers: Die Rechtswidrigkeit

Wenn wir nunmehr auf die Gründe eingehen, welche für die von der herrschenden Lehre vertretene Auffassung maßgebend sind, können wir als Grundlage die eingehenden und umfassenden Darlegungen nehmen, die Mezger in seinem Aufsatze: „Die subjektiven Unrechtselemente" (Ger. S. 89, S. 239 ff.) gibt.

Mezger führt die subjektivistischen Auffassungen zunächst auf ihre gemeinsame Wurzel zurück, nämlich der ausschließlichen Auffassung des Rechts als einer Bestimmungsnorm. Er weist sodann unter Bezugnahme auf seine Ausführungen in „Sein und Sollen im Recht" nach, daß das „Recht als Bewertungsnorm unbedingte logische Voraussetzung des Rechts als Bestimmungsnorm" ist [94]).

Er gibt jedoch zu, daß trotz dieses logischen Vorranges des Rechts als Bewertungsnorm in erkenntniskritischer Hinsicht es für den praktischen Aufbau des Rechtes durchaus möglich ist, von dem logisch bedingten Charakter des Rechtes als Bestimmungsnorm auszugehen.

Die entscheidende Frage ist deshalb die, ob es zweckmäßig ist, den Begriff des Unrechts von dem des Rechts als Bestimmungsnorm oder von dem des Rechts als Bewertungsnorm her zu gewinnen. „Endzweck allen Rechtes" ist nun für Mezger das "Streben nach größtmöglicher Befriedigung der größtmöglichen Zahl von Interessen" [95]).

---

unter besonderer Berücksichtigung des Privatrechtes, die überaus gründlich das positive Recht verarbeitet, dann die im glänzenden Stile geschriebene Abhandlung Naglers: Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit. 1915 folgte Hegler mit seinem Aufsatze „Die Merkmale des Verbrechens" in ZStW 36, S. 19 ff., ferner im selben Jahre das Lehrbuch M. E. Mayers, 1921 Sauer in den „Grundlagen des Strafrechts", sodann mit eingehender Begründung 1924 Mezger in „Die subjektiven Unrechtselemente" (Ger. S. 89, S. 207 ff.), 1925 Wegner in „Kriminelles Unrecht, Staatsunrecht und Völkerrecht", im selben Jahre von Hippel „Deutsches Strafrecht", Bd. I, S. 26/27, 498/99; 1926 Heinitz in „Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit", 1927 Lehrbuch von Liszt-Schmidt, 25. Aufl., 1928 Zimmerl in „Zur Lehre vom Tatbestand", 1929, Schmidt, Das Reichsgericht und der übergesetzliche Notstand, ZStW 49, S. 353/54, im selben Jahre Dörr, S. 8, 1930 von Hippel, „Deutsches Strafrecht" II, S. 184/85, im selben Jahre Nagler in Frankfestgabe I, S. 339 ff., im selben Jahre Zimmerl „Aufbau des Strafrechtssystems", 1931 Mezger „Lehrbuch", S. 163 ff., im selben Jahre Frank 18. Aufl., S. 161, in dem Satze, daß neuerdings mit Recht Mezger Ger. S. 89, S. 207 ff. die Möglichkeit eines objektiven, schuldlosen Unrechts bejahe. 1932 Liszt-Schmidt 26. Aufl., S. 174 ff., Gerland, Reichsstrafrecht und Finger Lehrbuch des Strafrechts, 1933 Lobe, Leipziger Kommentar, S. 3, 1934 Sieverts, Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht, S. 2.

Die in jüngster Zeit wieder anhebende Diskussion wird später erörtert. Eine Anerkennung der sogenannten subjektiven Unrechtselemente wurde — wie gesagt — auch auf dieser Grundlage weitgehend befürwortet.

94) Auf die logisch-erkenntniskritischen Untersuchungen Mezgers braucht in diesem Zusammenhang nicht eingegangen zu werden, da es auch ohnedies nicht zu widerlegen ist, daß derjenige, der einen Menschen zu einem bestimmten Verhalten veranlassen will, vorher wissen muß, zu welchem Verhalten er ihn bestimmen will.

95) S. 242 a.a.O. Anm. 1.

Die wichtigste Aufgabe des Rechts ist es deshalb, „ein äußerlich geordnetes Zusammenleben der Rechtsunterworfenen zu gewährleisten" [96]). Das Recht kann deshalb nur als objektive Lebensordnung begriffen werden, das Unrecht mithin nur als Verletzung dieser objektiven Ordnung. Die so heiß umstrittene Frage nach der Adresse der Rechtsnorm wird gelöst durch den Gedanken der „adressenlosen Norm" [97]). Norm und Normverwirklichungsmittel (Imperativ) müssen logisch auseinander gehalten werden. „Die ‚Norm' ist in begrifflicher Klarheit nur denkbar als unpersönliches Soll, dem der Adressat kein wesentliches Erfordernis ist. Die Normen des Rechts sind Bewertungsnormen, gerichtet auf einen bestimmten objektiven sozialen Zustand, bevor sie in einem weiteren logischen Verfahren den Charakter von Bestimmungsnormen erhalten" [98]).

Dem Einwand, daß bei dieser objektiven Unrechtsauffassung man auch das Walten von Naturkräften als rechtswidrig ansehen müsse, begegnet er damit, daß das Unrecht als Verletzung rechtlich geschützter Interessen gar nicht ohne Unrecht handelndes Subjekt gedacht werden kann [99]).

Ist somit dieser Einwand leicht zu entkräften, so ist ein zweites, von subjektivistischer Seite vorgebrachtes Argument weit gefährlicher. Es ist der Satz Merkels [100]), daß es dem Wesen des Rechts als einer geistigen Macht widerspreche, wenn man das Unrecht als eine Verletzung der vom Rechte geschützten Zustände und Interessen auffasse, und daß deshalb nur die Möglichkeit bleibe, das Unrecht von der Seite des Unrechthandelnden her zu erfassen.

Doch auch diesen Einwand hält Mezger nicht für durchschlagend. Er verwendet zu seiner Widerlegung den inzwischen herausgearbeiteten Gegensatz von Handlungsobjekt und Schutzobjekt [101]). Zuzugeben ist danach lediglich die körperliche Natur des Handlungsobjektes. Dieses ist aber für die Erfassung des Unrechtsbegriffes nicht maßgebend, sondern allein das Schutzobjekt, das in der „Willenssphäre", dem „Interesse" der verletzten Person besteht. Der objektive Unrechtsbegriff widerstreitet deshalb nicht dem Charakter des Rechtes als einer geistigen Macht. Denn: „Unrecht ist die Störung einer vom Rechte gewollten (gebilligten)

---

96) S. 242.

97) Ebendort.

98) S. 245 a.a.O.

99) Eberhard Schmidt (Liszt-Schmidt 26. Aufl. S. 175) bemerkt zu diesem Einwand, daß er nur dann diskutabel sei, wenn man das Recht anders als Gemeinschaftsregelung auffassen könnte. „Mit Tieren und Naturerscheinungen verbindet uns keinerlei Gemeinschaft". — vgl. auch v. Hippel II, S. 187, Anm. 3: „Daß das Recht menschliches Handeln und nur dieses regelt, dürfte jeder Jurist wissen". Sehr gut auch Anm. 4 dortselbst über Kinder und Geisteskranke.

100) Krim. Abh. I, S. 45.

101) Über Rechtsgut, Schutzobjekt und Angriffsobjekt vgl. Mezger, Lehrbuch, S. 200, M. E. Mayer, Allg. Teil S. 97 ff., Honig, die Einwilligung des Verletzten. 1919, I, S. 83 ff.

Willensbetätigung. Damit ist die ‚geistige' Natur des Unrechts gewahrt" [102]).

Diesen Gründen muß der Vollständigkeit wegen noch die ausgezeichnete Argumentation M. E. Mayers hinzugefügt werden. M. E. Mayer hält die subjektiven Theorien in erster Linie aus einem methodischen Grunde für verfehlt [103]): „Es ist nämlich ein wissenschaftliches Bedürfnis, die unverkennbare Erscheinung, daß das Verhalten eines Menschen mit der Rechtsordnung in Widerspruch steht, begrifflich so zu erfassen, daß sie sich sowohl vom Unheil, das Naturkräfte anrichten, als von allen zur Schuld zurechenbaren Angriffen abhebt. Die Brandstiftung des Wahnsinnigen darf weder mit dem zündenden Blitzschlag noch mit dem Verbrechen eines Verantwortlichen unter einer Kategorie zusammen geraten. Diese Aufgabe erfüllt der Begriff der objektiven Widerrechtlichkeit. Daß man ihn bekämpfen kann, ist Nebensache, Hauptsache, daß man ihn nicht bekämpfen darf."

Auch das Reichsgericht steht auf dem Boden dieser Lehre. Es sagt in E 56, S. 168 und dann S. 171 (Entsch. vom 6. Oktober 1921), daß der Angeklagte „gegen das Recht verstieß", obwohl ihm ein „Schuldausschließungsgrund" zur Seite stand. Ferner daselbst, „daß der Angeklagte trotz eines an sich rechtswidrigen Verhaltens auf Grund eines Schuldausschließungsgrundes straflos sei".

Unklar allerdings (E 20, S. 190; 36, S. 78 [104]). Eindeutig die berühmten Entscheidungen E 61, S. 242 ff. und 62, S. 137 ff., in denen mit klarer Systematik der Gegensatz von Rechtswidrigkeit und Schuld herausgearbeitet ist.

Auf die kritische Prüfung der für die objektive Theorie geltend gemachten Argumente ist zunächst noch nicht einzugehen. Es genügt, hier festzustellen, daß — wie schon gesagt — bisher die weitaus überwiegende Meinung mit solchen Gründen, wie ihnen Mezger und vor allem M. E. Mayer wohl die schärfste Formulierung gegeben haben, die Anerkennung einer objektiven Rechtswidrigkeit für richtig hielt. Die Versuche einer Erfassung der Unrechtsausschließungsgründe haben sich deshalb auch auf dem Boden dieser Auffassung entwickelt. Es ist also scharf zu unterscheiden zwischen Rechtswidrigkeit und Schuld einerseits und Rechtfertigungsgründen und Schuldausschließungsgründen andererseits.

III. Die positive Unrechtsbestimmung durch den kritischen Subjektivismus.

1. Allgemeines.

Bei der nunmehr folgenden Entwicklung des Unrechtsbegriffes sind zunächst die Wege aufzuzeigen, die zu positiver Bestimmung der Rechtswidrigkeit führen [105]). Zwei Möglichkeiten sind vorhanden. Entweder

102) S. 248 a.a.O.
103) Lehrbuch, S. 11.
104) vgl. Mezger, Lehrbuch, S. 165.
105) Für unser Problem suchen wir zuerst den Begriff des Rechts. Das Unrecht ergibt sich logischerweise als dessen Negation. Lediglich Schopenhauer

läßt man für die Bestimmung des Unrechts letzten Endes äußere, objektive Gegebenheiten maßgebend sein, oder man bestimmt das Recht letztlich aus dem subjektiven Bewußtsein. Auf der Seite des subjektiven Ausgangspunktes unterscheiden wir mit Mezger[106]) den einfachen und den kritischen Subjektivismus, der objektive Ausgangspunkt läßt sich einteilen in den kulturellen, den materialistischen und den naturalistischen Objektivismus[107]).

Der einfache Subjektivismus kann als Grundlage der Bestimmung des Rechtes nicht verwertet werden. Da er lediglich das subjektive Rechtsgefühl des einzelnen maßgebend sein läßt, vermag er einen wissenschaftlich verwertbaren Rechtsbegriff nicht zu erzielen.

Wohl aber ist der kritische Subjektivismus als geeigneter Ausgangspunkt anzuerkennen. Im Gegensatz zum einfachen Subjektivismus versucht er unter kritischer Abwägung die Möglichkeiten unseres Denkens zu ordnen und auf diesem Wege zu einer begrifflich klaren Erfassung von Recht und Unrecht zu gelangen. Rudolf Stammler hat — Kant folgend — auf dieser Grundlage — insbesondere in seinen Werken: „Die Lehre von dem richtigen Rechte" (1902) und in der „Theorie der Rechtswissenschaft" (1911) — eine Darstellung des Rechtsbegriffes zu geben versucht. Seine Arbeiten bilden bis heute noch die Grundlage aller Erörterungen, die von dem kritischen Subjektivismus aus den Begriff des Rechts gewinnen wollen[108]).

Die einzelnen Formen des Objektivismus vermögen der subjektiv-kritischen Betrachtung gegenüber nicht zu bestehen. Das gilt insbesondere für den kulturellen[109]) und den materialistischen Objektivismus. Beide nehmen nur einen bestimmten Ausschnitt des gegebenen Seins zum Ausgangspunkt ihres Systems. Der kulturelle Objektivismus versucht das

---

verfährt umgekehrt. Für ihn ist das Unrecht das Primäre und das Recht das Sekundäre (Welt als Wille und Vorstellung, § 62). Vgl. auch Fischer, S. 92: „Rechtswidrigkeit und Unrecht sind synonym. Beide sind Nichtrecht, beide sind aber mehr als eine einfache Verneinung. Denn in ersterer liegt die Feindschaft wider das Recht, in dem zweiten der konträre Gegensatz zum Recht bezeichnet . . . Ist nun die Rechtswidrigkeit (Widerrechtlichkeit im Sprachgebrauch des Bürgerlichen Gesetzbuches) nicht nur Nichtrecht, sondern ein Widerspruch zum Recht, so muß sie zunächst auf demselben Boden wachsen wie das Recht . . . Konträr ist nur, was zum selben genos gehört, aber am weitesten von einander entfernt ist. Daher läßt sich aus dem Wesen des Rechtes das Wesen der Rechtswidrigkeit erschließen". Auch Hegel, Rechtphilosophie § 82, faßt das Recht als Negation des Unrechts.

106) Sein und Sollen S. 2.

107) vgl. a.a.O. S. 33.

108) Auch Mezger geht in seinem „Sein und Sollen im Recht" von Stammler aus und erklärt (S. 12): „Rudolf Stammlers großes Verdienst ist es, in umfassender Lebensarbeit auf dieser Basis ein Gebäude von imposanter Großartigkeit errichtet und damit der gesamten neuen rechtsphilosophischen Forschung mächtige Impulse neuen Lebens gegeben zu haben".

109) Kultureller Objektivismus im philosophischen Sinne. Über die Bedeutung der Kulturnormentheorie wird später noch gesprochen. Vgl. unten S. 43 ff.

rechtliche Sollen aus den kulturellen Wertungen heraus zu bestimmen, während der materialistische Objektivismus von der materiellen Seite des Seins ausgeht. Beide haben also in Wirklichkeit schon, indem sie ihren Ausgangspunkt einseitig in einer bestimmten Richtung festlegten, eine subjektive Wertung getroffen. Darüber hinaus weiß der kulturelle Objektivismus, da ja auf subjektive Bestimmung verzichtet werden soll, nicht, welchen der verschiedenen vorhandenen Kulturwerte es sich gegebenenfalls anschließen soll. Mezger[110]) gibt dieser Verlegenheit des kulturellen Objektivismus treffenden Ausdruck, wenn er sagt: „Der kulturelle Objektivismus bricht in sich zusammen: er muß ‚wählen', welchem Kulturgeschehen er sich anschließen will und wehrt sich doch mit allen Kräften dagegen, in sich selbst nach einer festen Richtschnur für diese Wahl zu suchen. Er muß wählen und will doch nicht wählen und wird so zum willenlosen Spielball jeder neuauftauchenden Parole. Ob die Hegel'sche Saat der historisch-dialektischen Rechtsbetrachtung auf reaktionären oder progressistischen Boden fällt, sie offenbart überall über kurz oder lang ihr wahres Wesen als die Philosophie der inneren Haltlosigkeit."

Der naturalistische Objektivismus ist den beiden eben genannten Richtungen gegenüber insofern konsequenter, als er nicht einseitig einen ihm passenden Teil des Seins seinem System zugrunde legt, sondern von der Gesamtheit des natürlichen Seins ausgeht. Deshalb vermag er im Ergebnis zu demselben Rechtsbegriff zu gelangen wie der Kritizismus. Mezger[111]) weist in diesem Zusammenhang darauf hin, daß der Schöpfer und bedeutendste Vorkämpfer des Kritizismus, Kant, und der größte Vertreter des Naturalismus, H. Spencer, unabhängig von einander zu fast wörtlich übereinstimmenden Definitionen des obersten Rechtsbegriffs gelangt sind. Da jedoch — so führt Mezger[112]) weiter aus — die Rechtsphilosophie als Wissenschaft über alle ihre Schritte Rechenschaft abzulegen hat, muß neben dem Ergebnis auch die Methode eine richtige sein. Eine solche Methode aber fehlt dem Naturalismus. Er übersieht, daß innerhalb des gesamten Seins die einzelnen Gegebenheiten nicht gleich behandelt werden dürfen. Eine Tatsachengruppe hat logisch vor allen anderen zu rangieren. Und diese — als Grundlage allen Geschehens — ist die menschliche Zwecksetzung.

Die Bedenken, die Heinitz[113]) gegen den kritischen Subjektivismus geltend macht, richten sich gegen diesen nur insoweit, als die Auslegung des Gesetzes in Frage steht. Sie können deshalb erst erörtert werden, wenn die einzelnen Systeme des Kritizismus dargestellt sind. Fruchtbar gemacht für die Erfassung der Unrechtsausschließungsgründe ist der Stammler'sche subjektiv-kritische Ausgangspunkt in den Darstellungen Dohnas[114]), Mezgers[115]) und Sauers[116]).

---

110) S. 46 a.a.O.
111) S. 63 ebendort.
112) S. 63/64.
113) S. 78—85 und S. 100—107.
114) Die Rechtswidrigkeit als allgemein gültiges Merkmal usw.
115) Sein und Sollen, 1920, Ger. S. 89, S. 207 ff. und Lehrbuch, 1931.
116) Grundlagen des Strafrechts 1921 und an anderen Stellen.

2. Die Lehre Dohna's.

Dohna war der erste, der sich entschieden gegen die positivistische Auffassung wandte, die das Wesen des Unrechts nur aus dem Gesetz heraus bestimmen zu können glaubte. Die Rechtswidrigkeit ist für ihn nicht die Folge der Erfüllung der einzelnen Tatbestandsmerkmale, sondern ihre Voraussetzung [117]). Da er deshalb die Rechtswidrigkeit nicht mehr allein auf Grund des Tatbestandes feststellen kann [118]), sucht er sie auf einem anderen Wege zu ermitteln. Diesen Weg findet er in der kritischen Methode Stammlers [119]), der aus der Einsicht heraus, daß alles positive Recht empirisch bedingt ist, zu der Erkenntnis gelangte, daß nur eine formale Maxime imstande sei, die Richtigkeit einer Gesetzesvorschrift zu beurteilen. Eine Norm ist bei Anwendung dieses formalen Maßstabes dann dem Rechte gemäß, wenn sie sich als rechtes Mittel zum rechten Zwecke darstellt [120]). Die absolute Gültigkeit dieser Formel beruht darauf, daß sie ohne jeglichen empirischen Gehalt ist [121]). Ihr Mangel besteht darin, daß zwar immer bei dem Vorhandensein eines Zweckes das rechte Mittel aus dem Kriterium der Angemessenheit heraus formal bestimmt werden kann, daß aber die Berechtigung eines Zweckes nur konkret angegeben werden kann. Denn jeder Zweck trägt „begrifflich ein Element von empirischer Bedingtheit an sich und kann deshalb niemals im Sinne eines absolut berechtigten Endzieles angestrebt werden" [122]). Die Richtigkeit menschlicher Zwecksetzung kann deshalb nur in relativer Weise bestimmt werden. Stammler's soziales Ideal der Gemeinschaft freiwollender Menschen [123]) als Verwirklichung der formalen Maxime kann nur als ein Richtpunkt betrachtet werden, der konkret niemals erreicht werden kann.

Da nun das Recht die Aufgabe hat, das soziale Zusammenleben zu regeln, ist eine Norm dann rechtes Mittel zum rechten Zwecke, „wenn sie eine angemessene Handhabe zu angemessener Regelung des sozialen Gemeinschaftslebens bietet [124]). In diesem Sinne kann ein Verhalten, das sich als rechtes Mittel zu rechtem Zwecke darstellt, niemals einer Rechtsnorm, soll diese überhaupt sachliche Berechtigung haben, widerstreiten. Wenn deshalb die Rechtsordnung ein Verhalten als rechtswidrig bezeichnet, so kann es niemals ein solches sein, „welches sich im Hinblick auf das Endziel der sozialen Gemeinschaft als rechtes Mittel zum rechten Zwecke darstellt" [125]).

---

117) S. 37.

118) vgl. dazu S. 27: „Rechtswidrigkeit in diesem Sinne ist nicht etwas, was (und weil es) verboten ist, sondern umgekehrt muß behauptet werden, daß von der Rechtsordnung verboten wird, was (und weil es) rechtswidrig erfunden wurde".

119) S. 46.

120) S. 41.

121) S. 48.

122) S. 49.

123) S. 49, Stammler, Rechtsphilosophie, S. 199, Wirtschaft und Recht V, 3 §§ 99 ff.

124) S. 49/50.

125) S. 50.

Dohna führt dann weiter aus, daß eine auf diese Weise etwa erkannte Unrichtigkeit des Gesetzes der Gültigkeit dieser Rechtsnorm keinen Abbruch tun kann. Diese hängt nicht von ihrer inhaltlichen Richtigkeit ab, sondern nur von den formellen Voraussetzungen ihres Zustandekommens. Der Gesetzgeber hat daher durchaus die Möglichkeit, „unrechtes Handeln zu fordern und rechtes Handeln zu verbieten" [126]). Bis zum Beweise des Gegenteiles muß aber angenommen werden, daß der Gesetzgeber von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch macht. Man kann deshalb ruhig eine Handlung dann als nicht rechtswidrig bestimmen, wenn sie rechtes Mittel zum rechten Zwecke ist. Die positive Bestimmung der Rechtswidrigkeit kann jedoch nicht umgekehrt so erfaßt werden, daß man sie einfach als „nicht rechtes Mittel zu rechtem Zwecke" bezeichnet. Hinzukommen muß die Erfüllung des positivrechtlichen Tatbestandes. Als Ergebnis für das Strafrecht ergibt sich dann für Dohna:

„Rechtswidrig im Sinne unseres Reichsstrafrechts ist ein Verhalten, welches die spezifischen Tatumstände eines gesetzlich bestimmten Deliktes aufweist und in dieser Lage unrichtig ist; oder umgekehrt: rechtswidrig ist ein solches unrichtiges Verhalten, welches außerdem den besonderen Tatbestand eines Deliktes erfüllt" [127]).

So bahnbrechend das Werk Dohnas auch war, und so sehr die Erörterungen über das Problem der Rechtswidrigkeit von ihm neuen Anstoß erhalten haben, die Ergebnisse der Dohna'schen Arbeit konnten in einem entscheidenden Punkte vor der nun folgenden Kritik nicht standhalten. Dohna hatte versucht, im zweiten Teil seines Buches: Die Anwendung der Methode, S. 79 ff., die formale Maxime zur Lösung praktischer Rechtsfragen zu verwerten. Zur Erfüllung einer solchen Aufgabe ist aber die formale Maxime ihrem inneren Wesen nach nicht in der Lage. Eindeutige Ergebnisse lassen sich nicht gewinnen, wenn ein rein formaler Maßstab allein — ohne Verbindung mit irgendwelchen sachlichen Wertungen — an einen bestimmten konkreten Stoff angelegt wird [128]). Ein empirisch gegebener Stoff kann nur nach einem inhaltlich irgendwie bestimmten Maßstab gewertet werden [129]). Und so ist auch mit Recht darauf hingewiesen worden, daß Dohna bei der Lösung seiner

---

126) S. 52.

127) S. 54.

128) vgl. dazu Heinitz, S. 66: „Aus einer rein formalen Maxime stofflich begrenzte Inhalte zu gewinnen, ist begrifflich und dem Wesen nach ausgeschlossen".

129) Aus diesem Grunde verbinden gerade Mezger und Sauer bei ihren gleich zu besprechenden Lösungsversuchen die formale Maxime mit soziologischen Gesichtspunkten. Die bleibende Bedeutung der formalen Maxime als einer methodischen Richtlinie unseres Denkens wird damit zutreffend gewürdigt. Die Einbeziehung der soziologischen Wertungen geschieht im Interesse der Rechtssicherheit, die bei Anwendung der formalen Maxime allein im weltanschaulich zerrissenen Parteienstaat sehr gefährdet ist. (So auch Heinitz, S. 65 und Wegner, Kriminelles Unrecht, S. 49, Anm. 1). Über die Bedeutung der Formel des rechten Mittels zum rechten Zwecke bei der Verbindung der Güterabwägungs- mit der Zwecktheorie vgl. unten S. 49 ff.

praktischen Fälle gar nicht die formale Maxime zu Grunde gelegt hat, sondern in Wirklichkeit unbewußt nach dem Rechtsgefühl entschieden hat [130]).

Derselbe Einwand gilt für die von Stammler angeführten Beispiele „richtigen Rechtes“ [131]). Heinitz weist in diesem Zusammenhange auf das entsprechende Problem im Gebiete der Ethik hin, wo es sich auch frage, ob der rein formale, kategorische Imperativ Kants in der Lage sei, den Wert einer bestimmten Handlung zu beurteilen. Obwohl Kant selbst dies für möglich gehalten habe (Kritik der praktischen Vernunft, Ausg. Vorländer, S. 90), sei von Schopenhauer (Über die Grundlage der Moral, § 7, Werke, Frauenstädt, Bd. IV, S. 159 ff.) schon darauf hingewiesen worden, daß sich aus dem kategorischen Imperativ nur dann bestimmte Entscheidungen gewinnen ließen, wenn man in Wahrheit materielle Prinzipien unterschiebe [132]).

Die Erkenntnis von der Unzulänglichkeit der formalen Maxime zu konkreter Fallentscheidung führte Sauer und Mezger dazu, die als richtig erkannte, subjektiv-kritische Grundlage mit soziologischen Gesichtspunkten zu verbinden. Ihre Darstellungen sind deshalb nunmehr zu betrachten.

3. Die Auffassung Mezger's.

Mezger vermeidet in seiner Untersuchung „Sein und Sollen im Recht“ die Einseitigkeit der formalen Maxime dadurch, daß er den erkenntnistheoretischen Standpunkt Stammlers mit dem empirisch-utilitaristischen Iherings verbindet [133]).

Den kritischen Ausgangspunkt gewinnt er mit Stammler in der Unterscheidung von Erkennen und Wollen als den letzten Richtungen unseres Bewußtseins [134]). Das Grundelement für alles Erkennen sieht er in der Unterscheidung zwischen Subjekt und Objekt: „wenn ich wahrnehme und erkenne, so erkenne ‚ich‘ immer ‚etwas‘ “ [135]).

---

130) vgl. Kohlrausch, ZStW 25, S. 663.

131) vgl. Heinitz, S. 68 und die dort in Anm. 2 Genannten und Stammler, Lehre vom richtigen Recht, S. 311 ff., 395 ff.

132) In seiner Schrift „Recht und Irrtum“, 1925: 1. Die Rechtfertigungsgründe, ist Dohna auf die formale Maxime nicht mehr zurückgekommen. Er führt vielmehr aus, daß in vielen Fällen tatbestandsmäßigen, aber offenbar nicht rechtswidrigen Verhaltens die Rechtsordnung uns die Antwort schuldig bleibt. Antwort erteilen könne in solchen Fällen nur das Leben. „Nur, wenn es uns gelingt, die im Kulturbewußtsein der Nation wurzelnden Anschauungen zu erhaschen und sie durch den Filter ethischer Reflektion zu läutern, können wir hoffen, zu sachlich begründetem, der Gerechtigkeit entsprechendem Urteil zu gelangen“.

133) S. 79, Anm. 82. Seitenzahlen ohne nähere Angabe bedeuten im folgenden die einschlägigen Stellen von „Sein und Sollen im Recht“, bzw. bei Sauer (Abschn. 4) die betreffenden Seiten der „Grundlagen des Strafrechts“.

134) S. 65.

135) S. 66.

Das „Wollen" versteht er nicht im Sinne der herrschenden Lehre, die definiert: „Wille ist derjenige psychische Akt, durch welchen unmittelbar die motorischen Nerven erregt werden" [136]).

Mit diesem Willensbegriff ist es nicht möglich, den seelischen Vorgang des Wollens analytisch zu zergliedern. Denn er verwendet das Wort „Wille" nicht im Sinne der Psychologie, d. h. im Sinne des inneren Erlebens von Etwas, vielmehr wird damit „Wille" lediglich im Sinne der Nervenphysiologie erfaßt [137]). Für die psychologische Analyse, die die Rechtswissenschaft zu liefern hat, ist aber nur ein rein psychologisch bestimmter Willensbegriff brauchbar. Diesen findet er in der Definition „Wille ist das innere Bejahen von Etwas". Den Inhalt jedes Wollens bildet eine Zweckvorstellung. „Die psychologische Realität des ‚Zwecks' ist mit jedem Wollen gegeben".

Für das „Erkennen" ist die Existenz des „Zwecks" im seelischen Leben eine faktische Gegebenheit und hat sich deshalb in die allem erkennenden Denken begriffswesentliche Kategorie der Kausalität einzuordnen. Für das „Wollen" ist der Zweck „Inhalt". Ein Wollen ohne Zweck ist nicht möglich [138]).

Für die Gegenüberstellung von Erkennen und Wollen ergibt sich somit, daß der Zweck formale Voraussetzung alles Wollens ist, genau so wie Widerspruchslosigkeit und Kausalitätsgedanke formale und damit notwendige Voraussetzung alles wissenschaftlichen Erkennens sind.

Aus dieser Gegenüberstellung ergibt sich eine Schwierigkeit. Das „Erkennen" verknüpft alles Geschehen durch die Kategorie der Kausalität, das Wollen setzt aber einen kausal nicht mehr weiter zurückführbaren Anfang alles Gegebenen durch die freie Zwecksetzung voraus [139]). Da auf das Postulat der inneren Widerspruchslosigkeit und das Kausalprinzip nicht verzichtet werden kann, löst Mezger das Dilemma dadurch, daß die Annahme eines freien, ursachlosen Wollens als Fiktion betrachtet wird.

Auf diese Weise wird erreicht, daß wollende Zwecksetzung und erkennende Wissenschaft zusammenarbeiten können.

Von dieser erkenntniskritischen Grundlage aus gelangt dann Mezger zur Klärung der Fragen über den Endzweck des Rechts und seine Verwirklichung, über das Wesen des Sozialen, über das Verhältnis von Individuum und Gesellschaft und gelangt zum Schluß zur „Praxis des richtigen Rechts" [140]).

Die Endzwecke des Rechts sind nur zu erkennen im zwecksetzenden Wollen. Diese Zwecksetzung muß von der Wissenschaft in die richtigen Bahnen geleitet werden. In formaler Hinsicht entscheidet er sich in dem Streit, ob wir im Rechtsgefühl oder im Zweck den letzten Bestimmungsgrund des Rechts zu erblicken haben, dahin, daß die letzte Entscheidung in der bewußten Zwecksetzung zu liegen habe [141]). Das Rechtsgefühl soll

---

136) S. 71.
137) S. 71.
138) S. 72.
139) S. 73/74.
140) S. 75.
141) S. 76.

damit indessen nicht ganz ausgeschaltet werden. Die gefühlsmäßige Motivierung enthält wertvolles Material für die Bestimmung des richtigen Rechtes [142]).

In materieller Beziehung sieht Mezger die letzte maßgebende Zwecksetzung im Leben, das die Voraussetzung aller der Menschheit zukommenden Güter und Werte ist [143]). Dem naheliegenden Einwand, es sei das Leben der Güter höchstes nicht, begegnet er damit, daß dieser Einwand für das individuelle Leben Berechtigung haben mag, nicht aber für das soziale Leben, auf das allein sich das Recht bezieht. Oberster Zweck allen Rechtes ist die soziale Lebenserhaltung und Lebensentwicklung [144]).

Den Einwand Stammlers, daß das Leben keinen Standpunkt habe [145]), hält Mezger für unzutreffend und weist darauf hin, daß der Mensch, der seinem Lebens- und Selbsterhaltungstrieb folgen will, durchaus einen Standpunkt habe gegenüber demjenigen, der als Selbstmörder aus dem Leben zu scheiden entschlossen sei, und daß derjenige, der das Leben einer Gemeinschaft fördern will, einen Standpunkt habe gegenüber demjenigen, der es zu zerstören versucht.

Das Wesen dieses Standpunktes des Lebens sieht er in der „Bejahung aller derjenigen Voraussetzungen, welche kraft naturgesetzlicher Notwendigkeit das Leben in seiner Gegebenheit erhalten und fördern bei Verneinung aller entgegenstehenden, lebenshemmenden und lebenszerstörenden Umstände."

Die Ansicht Stammlers, welcher „Versuche, bloß bedingte Gesichtspunkte als schlechthin letzte Richtlinien moralischer Lehren zu nehmen, in einem unauflöslichen inneren Widerspruch befangen" sieht [146]), entkräftet er damit, daß das Recht Endzwecke für empirisch gegebene Menschen, nicht aber schlechthin letzte Richtlinien und Zwecke aufzustellen hat. Den materiellen Inhalt dieses Endzwecks bestimmt er mit Ihering in der „Sicherung der Lebensbedingungen der Gesellschaft" [147]). Die Verwirklichung dieses Endzwecks wird erreicht auf dem Wege der Beobach-

---

142) S. 77.
143) S. 78.
144) S. 79.
145) Theorie der Rechtswissenschaft, S. 692.
146) Theorie der Rechtswissenschaft, S. 460.
147) In Ger. S. 88, S. 402 erblickte Mezger das letzte Ziel alles Rechts in der „größtmöglichsten Befriedigung gegenüber den gegebenen Interessen der Rechtsgenossen". In Ger. S. 89, S. 242, Anm. 1 führte er dann aus, daß die Formulierung „Sicherung der Lebensbedingungen der Gesellschaft", im Unklaren darüber lasse, ob „Gesellschaft" gemeint sei im Sinne der historisch gewordenen Gesellschaft — diese Auffassung käme aber auf nichts anderes als auf eine starre Erhaltung des gerade Bestehenden hinaus – oder ob sie richtig zu verstehen sei als die Summe der in ihr vereinigten individuellen Interessen. Zur Vermeidung von Mißverständnissen setzt er deshalb statt „Sicherung der Lebensbedingungen usw." das „Streben nach größtmöglichster Befriedigung der größtmöglichsten Zahl von Interessen". Diese stark individualistische Formulierung wird endlich im Lehrbuch wesentlich eingeschränkt: „Recht ist diejenige soziale Regelung, die das möglichste Maß persönlicher Lebensbetätigung in gegenseitig geordnetem Gemeinschaftsleben ermöglicht". (S. 204, Anm. 9).

tung „gewisser Regelmäßigkeiten sozialer Erscheinungen". Das richtige Recht hat unter Absehung von den individuellen Eigenarten dieser Erscheinungen generelle Maßnahmen zu treffen, welche für „wahrscheinlich" eintretende Ereignisse den Lebensprozeß der Gesellschaft sichern sollen.

Bei der Bestimmung des Wesens des Sozialen schließt sich Mezger unter Ablehnung der erkenntnistheoretischen Auffassung der herrschenden empirischen Auffassung an und gelangt zu folgender Definition:

„‚Soziales Leben' ist die Summe derjenigen Vorgänge, die durch menschliches Zusammensein bedingt sind. Es gehören hierher also alle diejenigen Vorgänge und andererseits auch nur diejenigen Vorgänge, welche nicht denkbar sind ohne solches Zusammensein. Zusammensein aber bedeutet ‚psychische Wechselwirkung' " [148]).

Die sich an diese Begriffsbestimmung anknüpfende Auseinandersetzung mit den vorhandenen sozialphilosophischen Lehren interessiert in diesem Zusammenhange nicht.

Als bemerkenswert muß allerdings hervorgehoben werden, daß Mezger dem Sozialen keine selbständige Wesenheit zuerkennt und lediglich in den Individuen die Träger sozialer Erscheinungen sieht [149]).

Er lehnt ausdrücklich die Auffassung Durkheims ab, der zwar zugibt, daß nichts im sozialen Leben vorhanden ist, was nicht auch im Bewußtsein der Individuen beschlossen liegt, der aber richtig erkennt, daß die Rasse durch das Individuum handelt und daß seine Persönlichkeit nur eine Anleihe jener ist [150]). Ebenso weist er auch die Auffassung von Gumplowicz zurück, nach dem nicht der einzelne Mensch denkt, sondern die soziale Gemeinschaft in ihm denkt [151]).

Nachdem so das Wesen des Sozialen klargelegt ist, kann auch das Recht begrifflich erfaßt werden. Es stellt lediglich einen speziellen Fall des „Sozialen" überhaupt dar. Die psychischen Vorgänge, aus denen die Wechselwirkung besteht, kommen für das Recht in der Endgestalt des „Wollens" in Betracht. Die Bezeichnung Stammlers vom Rechte als „verbindendem Wollen" [152]) wird übernommen. Es bedeutet ein Wollen, das auf eine gemeinsame, gleichgerichtete Zwecksetzung gerichtet ist und bewirkt, daß der Einzelne nicht bloß seinen eigenen Zweck verfolgt, sondern auch den des anderen zu seinem eigenen macht [153]).

Das Recht als Regel des sozialen Lebens stellt sich somit dar als eine Vereinigung der Zwecksetzung in einer Mehrheit von Individuen [154]). Diese Vereinigung kann erfolgen einmal in der Form der Unterwerfung und sodann in der Form des Konsenses.

In dem folgenden Abschnitt nimmt Mezger noch einmal Stellung zu dem Grundproblem alles Rechtes, nämlich dem Verhältnis von Individuum und Gesellschaft. Der Gesellschaft und dem Staat gesteht er keine eigene Wesenheit zu, sondern sieht in den Individuen die einzigen

148) S. 90.
149) S. 97.
150) S. 95.
151) S. 96.
152) Theorie der Rechtswissenschaft, S. 74.
153) Stammler, Wirtschaft und Recht, S. 97.
154) S. 97.

materiellen Träger allen gesellschaftlichen Seins. Die Fragestellung: Gesellschaft oder Individuum lehnt er ab. Er entscheidet sich für die Antwort: Gesellschaft und Individuum. Wenn man den einzelnen ganz allein in den Mittelpunkt stellen würde, ließe sich das Recht bestimmen, als die größtmöglichste Lebensförderung der einzelnen [155]). Das ist aber nicht richtig. Vielmehr lautet die Aufgabe des richtigen Rechtes: größtmögliche Förderung der Lebensinteressen der einzelnen in der Weise, daß diese Förderung in ihrem verbundenen Zusammensein erfolgt. Damit ist die Entscheidung getroffen weder für das „Individualprinzip" allein, noch für das „Sozialprinzip" allein [156]). Beide bleiben bestehen. Die Überbrückung dieses Gegensatzes erfolgt durch das Leben. Die Aufgabe des Rechts als Lebensförderung verlangt den steten Kampf der beiden entgegengesetzten Prinzipien [157]). Nur ein solcher Kampf der Einzelinteressen im verbundenen Zusammensein führt zum Wohle des Ganzen, nämlich zur Erhaltung der größtmöglichen Zahl der lebenskräftigen Individuen. „Eine Rechtsordnung, die nicht in Einklang steht mit den individuellen Interessen und Triebkräften ihrer Träger", ist deshalb „unrichtiges Recht".

Die Praxis des richtigen Rechtes ergibt sich, da der Endzweck allen Rechtes soziale Lebensförderung ist, somit aus der „kognitiven Ableitung des rechtlichen ‚Sollens' aus dem sozialen ‚Sein'."

Anwendungsgebiet der „Praxis des richtigen Rechtes" ist einmal das Gebiet der Gesetzgebungsfragen, der lex ferenda, sodann aber auch das Gebiet der Gesetzesauslegung. Dabei betont Mezger noch einmal scharf, daß bei der Auslegung die eigene Stellungnahme des Interpreten und Richters das Entscheidende ist. Er sagt aber ausdrücklich, daß bei dem Versagen des Gesetzeswortlautes „zunächst der gesamte Zusammenhang und der ganze Aufbau der gesetzlichen Vorschriften, die historische Entstehung des Gesetzes und die geschichtlich zutage getretenen vom Gesetzgeber in einem bestimmten Sinne entschiedenen Interessenkonflikte und endlich die „teleologische" Weiterbildung des konkreten Gesetzeszweckes von maßgebendem Einfluß seien" [158]).

4. Die Lehre Sauer's.

Sauer geht bei der Entwicklung seines Gedankenganges in den Grundlagen des Strafrechts aus von der Unterscheidung zwischen Erkenntnisproblem und Wertungsproblem [159]). Das erstere bedeutet die Frage nach dem Wesen der Rechtswidrigkeit, das zweite die Prüfung, ob der auf erkenntniskritischem Wege gefundene Begriff der Rechtswidrigkeit für Gesetzgebung und Rechtsanwendung 1. einen tauglichen Maßstab und 2. einen bindenden Maßstab darstellt.

Die Grundlage für das Erkenntnisproblem gibt die Feststellung, daß die Rechtswidrigkeit ein Unwerturteil über ein Objekt ist, und zwar kein

155) S. 98.
156) S. 99.
157) S. 102.
158) S. 106.
159) S. 233.

empirisches, sondern ein transzendentales Unwerturteil[160]). Dieses Urteil wird nicht über eine Tatsache, sondern über eine Norm, nicht über die Wirklichkeit, sondern über einen Wert, nicht über das Sein, sondern über das Sollen gefällt[161]). Stammler[162]) und Dohna[163]) gegenüber wird betont, daß die Rechtswidrigkeit nicht schlechthin als Unrichtigkeit und damit als Urteil über das Sein überhaupt definiert werden kann. Sie ist vielmehr nur eine Teilerscheinung der Unrichtigkeit[164]). Sie ist auch nicht ein Urteil allgemein über den Wert und damit gleichbedeutend mit Kulturwidrigkeit. Sie beschränkt sich innerhalb des Reiches der Werte auf das Gebiet des Sollens. Und auch in diesem Gebiete wird durch Ausscheidung des individualethisch Guten und Bösen der maßgebende Bereich begrenzt auf das soziologische (sozialethische) Sollen.

Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit sind damit soziologisch zu bestimmen. Richtpunkt hat dabei der Wertbegriff zu sein. Nur so kann ein rein formales Ergebnis vermieden werden. Das wird gegenüber Stammler betont und festgestellt, daß es nicht genügt, auch noch so weit über das positive Recht hinauszugehen, wenn nicht zugleich ein Zentralbegriff gewonnen wird, der mitten im Leben steht. Ein solcher ist der Wertbegriff: „Daß das Leben wertvoll ist, das ist ja unser eigenstes persönliches Ziel“[165]).

Der Wertbegriff wird sodann erkenntniskritisch festgelegt. Das Werten wird formuliert als „das Vergleichen eines Untergeordneten mit einem (wirklich oder nur vermeintlich) Übergeordneten“[166]). Da für den Juristen nur menschliche Handlungen zur Beurteilung stehen, wird hier durchweg ein Subjektives mit einem Objektiven verglichen. Insoweit kann man von subjektivem und objektivem Wert sprechen. Dem steht nicht entgegen, daß der objektive Wert vor einem höheren dritten Werte als subektiver Wert erscheint[167]). Der Jurist braucht nicht zu immer objektiveren Werten vorzudringen. Er mißt immer nach relativen Werten. Niemals aber nach absoluten. Für ihn genügt es, bei den im Bereich der eigenen Wissenschaft befindlichen Werten halt zu machen. Es ist für ihn geradezu unzulässig, juristische Fragen nach einem absoluten Wert zu orientieren. Gerade darin sieht Sauer den methodischen Hauptfehler Stammlers und Graf zu Dohnas. Sie beurteilen juristische Einzelfragen nach einem absoluten Werte, dem sozialen Ideal[168]). Das ist aber falsch. Zwischen der menschlichen Handlung und dem absoluten Wert liegen viele Zwischenstufen, die nicht übersprungen werden dürfen. „So läßt sich bewerten die menschliche Handlung nach dem strafgesetzlichen Tatbestand,

---

160) S. 235.
161) S. 236.
162) Lehre vom richtigen Recht, 1902 S. 21 ff. und S. 201 ff. Theorie der Rechtswissenschaft, 1911, S. 212 ff.
163) Rechtswidrigkeit, S. 54.
164) S. 237.
165) S. 239, Anm. 1.
166) S. 240.
167) S. 241.
168) S. 242, Anm. 1.

dieser nach der allgemeinen Rechtswidrigkeit, diese nach der sozialen Schädlichkeit, diese nach der Unsittlichkeit, diese nach der Kulturwidrigkeit, diese nach der Unrichtigkeit" [169]).

Die erkenntnistheoretischen Erörterungen im einzelnen, insbesondere die psychologische Erklärung des Wertbegriffs [170]), brauchen in diesem Zusammenhange nicht dargelegt zu werden. Es genügt, den Wertstandpunkt als solchen anzuerkennen [171]) und dort fortzufahren, wo Sauer die soziologische Festlegung des Wert- und Rechtsbegriffs gibt, wo er den Schritt vom Individuum zur Gemeinschaft tut. Die Gemeinschaft ergibt sich hauptsächlich aus der Wechselwirkung der Werte, die die einzelnen Menschen setzen [172]). Wesentlich ist aber, daß die von den Individuen gesetzten Werte bei aller Verschiedenheit doch eine gewisse Gleichförmigkeit besitzen, daß die Wertbestrebungen innerhalb der Gemeinschaft bis zu einem gewissen Grade ähnlich sind. Als Definition ergibt sich dann:

„Eine Gemeinschaft ist eine Mehrheit von Personen, die durch gleichförmige, in Wechselwirkung miteinander stehende Interessen (Wertstrebungen, Werttendenzen) verbunden sind. Oder anders ausgedrückt: Eine Gemeinschaft ist eine Mehrheit von Personen, die sich gegenseitig beeinflussend gleiche Ziele verfolgen" [173]).

Der Gemeinschaftszweck ist somit der höchste Gesichtspunkt für alle Einzel- und Sonderzwecke. Das Ziel der Gemeinschaft muß für alle gleich sein, die von den einzelnen zur Erreichung des Zieles angewendeten Mittel brauchen nur ähnliche zu sein. In diesem Zusammenhange wird klar und deutlich das Zurückstehen der Einzelinteressen hinter denen der Gemeinschaft zum Ausdruck gebracht.

Der Gemeinschaftszweck ergibt sich aus der Übereinstimmung der Einzelbestrebungen. Es ist der allgemeine Wille, der herrschende, sich tatsächlich durchsetzende Einzelwille. Dieser Gemeinschaftswille wird zum übergeordneten Wert und damit der Maßstab zur Bewertung der Sonderbestrebungen [174]). Maßstab und Objekt der Wertung sind somit wesensverwandt und ermöglichen eine exakte Wertbestimmung. Für eine Gemeinschaft, wie sie vom Staate dargestellt wird, ist dieser allgemeine Wille nichts anderes als das obejktive Recht, die Rechtsordnung. Um zu ihrem Begriffe zu gelangen, bedarf es vom soziologischen Standpunkte aus damit nur noch eines kleinen Schrittes. Der Rechtsbegriff wird damit über die formalistische Betrachtungsweise der Positivisten weit hinausgehoben. Das Recht wird erkannt als der „übereinstimmende Wille der Rechtsgenossen über die innerhalb der staatlichen Gemeinschaft zu ver-

---

169) S. 246.
170) S. 247 ff.
171) So auch Heinitz, S. 78, Anm. 3, der der Auffassung ist, daß man den Wertbegriff verwenden könne, ohne sich in die allgemeinen werttheoretischen Streitfragen zu verstricken, wie dies Sauer tut. Heinitz stimmt der Hervorhebung des Wertbegriffes sogar zu, obwohl er Sauer in den theoretischen Grundlagen nicht ganz zu folgen mag.
172) S. 255.
173) S. 259.
174) S. 262.

folgenden Ziele"[175]. Es ist „der normative Ausdruck der staatlichen Zwecke". Vom Standpunkt der Wertlehre stellt es sich schließlich dar als „das Werturteil der staatlichen Gemeinschaft über die einzelnen Wertbestrebungen innerhalb dieser Gemeinschaft"[176].

Als „unmittelbare Ausstrahlungen" ergeben sich daraus die Begriffe Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit:

„Die Rechtmäßigkeit ist ein günstiges, die Rechtswidrigkeit ein ungünstiges Werturteil der staatlichen Gemeinschaft über eine einzelne Wertbestrebung in dieser Gemeinschaft.

Rechtmäßig ist ein Wertstreben, ein Wirken, ein Verhalten, das den staatlichen Zwecken entspricht, rechtswidrig ein solches, das ihnen zuwiderläuft"[177].

Diese Bestimmungen entsprechen der Natur der Dinge, da die Gemeinschaft nur das gutheißen kann, was sie selbst fördert oder zum mindesten erhält. Vor der näheren Ausgestaltung dieser Auffassung weist Sauer noch einmal darauf hin, daß immer noch die Erkenntnis des Wesens der Rechtswidrigkeit in Frage steht und daß deshalb jeder empirisch-positivrechtliche Einschlag noch fernzuhalten ist. Ebenso dürfen bei der Ausgestaltung die Grenzen des Rechts nicht nach oben überschritten werden, das heißt weder der Standpunkt der sozialen Ethik darf eingenommen werden — in sachlichem Gegensatz zu Stammler und Graf zu Dohna — noch darf die Kultur entscheiden — in sachlichem Gegensatz zu Mayer — schließlich dürfen auch nicht die Zwecke einer überstaatlichen Gemeinschaft maßgebend sein — im Gegensatz zu Vertretern des Völkerrechts[178].

Die Ausgestaltung hat entsprechend der Zweiteilung des Wertbegriffs sowohl bezüglich des Maßstabes als auch bezüglich des Objektes der Wertung zu erfolgen.

Bezüglich des Maßstabes entscheidet das juristische Grundgesetz als Ziel des Staates[179]. Danach haben die Einzelnen die staatlichen Tendenzen zu fördern und zu unterstützen, zumindest aber haben sie ihnen nicht zuwiderlaufen. Da aber die Wertbestrebungen der einzelnen sowohl fördernde und hemmende Richtungen gleichzeitig in sich vereinigen, so muß die Rechtmäßigkeit eines Verhaltens genauer dahin bestimmt werden, daß es den Zielen des Staates mehr entspricht als zuwiderläuft, daß es ihnen mehr nutzt als schadet. Dieser Nutzen darf nicht nur für die Mehrheit der Individuen vorhanden sein, sondern er muß sich ergeben für das Ganze, für die Gemeinschaft als solche[180]. Der Nutzen für die Gemeinschaft ist sogar der prinzipale: bei Kollisionen zwischen der Gemeinschaft und ihren Gliedern hat jene den Vorrang. Die naheliegenden Formulierungen: möglichst wenig Schaden oder nur Nutzen sind deshalb nicht richtig, weil der aus einer nur nützlichen Handlung resultierende

175) S. 263.
176) Ebendort.
177) S. 273.
178) S. 274.
179) S. 275.
180) Ebendort.

Nutzen möglicherweise geringer sein kann als der einer gleichzeitig auch schädlichen Handlung [181]).

Zur Entscheidung über Nutzen und Schaden ist der Standpunkt des Staates einzunehmen, wie er sich in seiner gegenwärtigen Verfassung darstellt. Es gilt somit das positive, reale Grundgesetz, nicht das normative, ideale. Das Sein entscheidet in dieser Frage und nicht das Sollen, der tatsächliche Willen und nicht der immanente Zweck des Staates. Dies nicht nur dann, wenn die Abweichung der Wirklichkeit von der Norm auf Irrtum oder Nichtkenntnis beruht, sondern auch dann, wenn bewußt das allgemeine Wohl hintangestellt wird. Solche Abweichungen müssen aber ausdrücklich erklärt sein. Wenn jedoch Erklärungen in dieser Hinsicht fehlen, was wohl die Regel ist, so hat das normative Grundgesetz, das dem Wesen des Staates immanent ist, zu entscheiden.

Objekt der Wertung ist die auf einen Menschen als Ursache zurückführbare Veränderung im sozialen Leben [182]). Prinzipales Wertungsobjekt wird damit der Erfolg, wenn auch als Wertungsobjekt der Art nach das menschliche Verhalten als solches erscheint [183]). Da auf dieses menschliche Verhalten die Rechtsordnung einwirken will, kann sie den Maßstab nicht an den tatsächlichen Erfolg anlegen, sondern nur an den voraussichtlichen. Einen Erfolg, der nur auf zufällige Begebenheiten zurückzuführen ist, darf sie nicht zum Gegenstand ihrer Beurteilung machen, sondern nur einen solchen, der sich als die generelle Tendenz eines Verhaltens darstellt. „Nicht der tatsächliche, sondern der wahrscheinliche Erfolg macht den sozialen Wert der Handlung aus." Auch der Zweck des Handelnden hat für eine objektiv-soziale Beurteilung auszuscheiden [184]). Maßgebend ist nur der reale Zweck, der nach objektivem Urteil als der Handlung innewohnend erkannt wird, die generelle Tendenz der Handlung. Ferner ist bei dem Objekte von dem Einmaligen, Individuellen abzusehen. Wesentlich ist das Gattungsmäßige, das Generelle [185]).

Diese Schematisierung muß in Kauf genommen werden, damit der übergeordnete und der untergeordnete Wert sich ineinander fügen. „Der Maßstab muß konkreter, der Gegenstand abstrakter werden".

Das Wesen der Rechtswidrigkeit läßt sich somit in folgende Formel zusammenfassen:

„Rechtswidrig ist ein Verhalten, das nach seiner allgemeinen Tendenz dem Staate und seinen Gliedern mehr schadet als nützt" [186]).

5. **Kritik.**

Die Verbindung der subjektiv-kritischen Grundlage mit soziologischen Gesichtspunkten führte Mezger und Sauer unabhängig voneinander zu im wesentlichen übereinstimmenden Ergebnissen, ein schöner Beweis

181) S. 276.
182) S. 281.
183) S. 282.
184) S. 283.
185) S. 285.
186) S. 286.

für die Fruchtbarkeit der von beiden eingeschlagenen Methode. Der wichtigste Unterschied beider Autoren besteht darin, daß Mezgers Auffassung weit individualistischer ist als die Sauers. Dieser Unterschied zeigt sich auch in dem von beiden entwickelten Unrechtsbegriff. Mezger nimmt als Grundlage für die Feststellung der Rechtswidrigkeit die Interessenrichtung des einzelnen Verletzten, während für Sauer nicht der einzelne, sondern die staatliche Gemeinschaft im Mittelpunkt steht. Der Sauer'schen Auffassung ist deshalb auch vor der Mezger's der Vorzug zu geben, wenn auch nicht zu bestreiten ist, daß Mezger auf Grund seines Interessenbegriffes die bisher gelungenste Einteilung der Rechtfertigungsgründe gegeben hat.

Die Grundhaltung des Sauer'schen Werkes zeigt überhaupt in wesentlichen Punkten eine überraschende Übereinstimmung mit unserer heutigen Rechtsauffassung. So beginnt Sauer den „Geist des Strafrechts" überschriebenen ersten Teil seines Werkes mit der für seine Zeit (1921) beachtlichen Feststellung, daß die Zeit der Gesetzesautokratie und mit ihr die des Positivismus dahin sei [187]). Die Gerechtigkeit wird erkannt als die „harmonische Einordnung des Einzelwollens in das Gemeinschaftswollen" [188]). Und vom Rechte selbst sagt er: „Recht ist auf dem Boden der das Leben ausmachenden Wertströmungen, die selbst geregelt sein wollen, organisch gewachsen; es ist aus dem Volke geboren, ‚wie ein Volkslied, nach dessen Schöpfer man nicht mehr fragt' " (von Wieser) [189]).

Richtig sieht Sauer [190]) „den tiefsten Grund des ideell-moralischen Niederganges unseres Volkes" in dem „einseitigen Interesse für die in den letzten Jahrzehnten mächtig entwickelten Natur- wie Wirtschaftswissenschaften". Er stellt daher die Forderung auf, daß „an die Stelle des naturwissenschaftlich (weil kausal) verfahrenden Determinismus in Ethik und Strafrecht der teleologisch-normativ allein berechtigte, lebensbejahende und das Verantwortlichkeitsgefühl steigende Indeterminismus zu treten habe" [191]).

Dem Normativen gibt er vor dem Drescriptiven den Vorrang und sieht darin einen Sieg des Sozialismus über den Individualismus und des Demokratismus über den Monarchismus, allerdings nicht im Sinne politischer oder wirtschaftlicher Theorien, sondern einer idealistisch-philosophischen Forderung: „Unterordnen des Einzelmenschen unter die Gesamtheit, Beschränkung der Einzelbestrebungen nach dem Leitgedanken der Harmonie des Alls" [192]).

Sauer wendet sich damit gegen den Individualismus, geht aber bei der Bestimmung des höheren Prinzips als „Harmonie des Alls" in allzu abstrakte Fernen. Wir wissen, daß das höhere Prinzip die Volksge-

---

187) S. 1.
188) S. 10.
189) S. 265.
190) S. 18.
191) S. 18.
192) Ebendort.

meinschaft ist. Diese richtige Auffassung klingt an in dem Kapitel „Wesen des Rechts und des Unrechts". Hier wird bei der Bestimmung des Rechtsbegriffs der Gedanke der Harmonie des Alls nicht mehr wiederholt. Vielmehr wird gesagt: „Soll nicht ein ewiger Kampf herrschen, so hat der einzelne seine Interessen denjenigen der Gemeinschaft unterzuordnen; er hat seine Sonderwünsche im Interesse des Ganzen zu opfern; denn das Gedeihen des Ganzen ermöglicht erst eine Entwicklung zu höherer und immer höherer Kultur" [193]).

Zwar wird an anderer Stelle des Werkes [194]) in Bezug auf die Idee der Gerechtigkeit gesagt: „Mehr braucht sich der eine nicht einzuengen als es auch seinetwegen der andere tut: das ist die Idee der Gerechtigkeit, die ihren Ausdruck finden mag in der (nur abstrakt zu verstehenden) Formel einer ‚Gemeinschaft frei wollender Menschen' (Stammler) als eines konkret niemals zu verwirklichenden Ideals. Die Gemeinschaft also ist es, die große, gedachte, unsichtbare Gemeinschaft ist es, das Humanitätsideal ist es, die das Werturteil über ein einzelnes Wollen abgeben".

Doch wird für die Rechtswissenschaft ausdrücklich erklärt, daß für sie als Maßstab nicht mehr die abstrakte, nur gedachte Menschheitsgemeinschaft zugrunde gelegt werden darf, sondern die konkrete Gemeinschaft (Staat, Kirche usw.) das Werturteil zu fällen hat [195]).

Das Zurückstehen des Individuums hinter einem höheren Prinzip wird also klar erkannt, das höhere Prinzip als solches wird aber im Endpunkt noch viel zu abstrakt gefaßt und widerspricht in der Fassung als „Humanitätsideal" der nationalsozialistischen Auffassung.

Die Folgerungen, die Sauer aus seiner Auffassung zieht, sind aber durchaus wieder anzuerkennen. Er sagt, daß nur eine idealistische Einstellung „den lebensmüden, dekadenten Zug unserer Zeit" zu überwinden vermag, der in letzter Linie „auf der einseitigen geschichtsphilosophischen und soziologischen, wenn nicht gar naturwissenschaftlichen Richtung der Gedanken" beruhe [196]).

Gleich anschließend folgen dann in einer Anmerkung [197]) Gedanken, die unserer nationalsozialistischen Auffassung durchaus entsprechen. Da sie für die Grundhaltung des ganzen Sauer'schen Werkes kennzeichnend sind, sollen sie wörtlich zitiert werden:

„Man beachte die Parallele zwischen dem naturalistischen Drama und den biologischen und soziologischen Strafrechtslehren: von einer individuellen Schuld und ihrer Sühne und Läuterung ist dort wie hier nicht die Rede. Nur Anklagen werden erhoben — gegen die wirtschaftlichen und sozialen Zustände, gegen die Vorfahren, gegen das Schicksal, gegen die Natur: ‚Ich kann nichts dafür, daß die Welt so ist, aber sie ist einmal so.' Die modernen Dramen liefern geradezu einen Katalog von Krank-

---

193) S. 261.
194) S. 63.
195) S. 65.
196) S. 18.
197) S. 18 Anm. 1.

heiten und Entartungen, die sich durch Vererbung, Alkohol, Verbrechen erklären. — Und man beachte die Zusammenhänge: Schopenhauers und Hartmanns Pessimismus, Hebbels Realismus, Wagners Tristan, Hauptmanns Anklagedramen, Lombrosos und Liszts Strafrechtstheorien, Tolstois Mystik und Stefan Georges Weltabgeschiedenheit, schließlich Oswald Spenglers Prophezeihung des Unterganges des Abendlandes — Kausalismus, Determinismus, Fatalismus. Dem gegenüber heißt die Losung: Aktivismus, Leben und Willensfreiheit".

IV. Der kulturelle Objektivismus.

1. Die Kulturnormentheorie.

Neben den drei geschilderten großen Versuchen einer positiven Unrechtsbestimmung auf subjektiv-kritischer Grundlage ist nunmehr noch trotz der schon oben erfolgten Ablehnung des kulturellen Objektivismus auf philosophischem Gebiet der Kulturnormentheorie M. E. Mayers zu gedenken. Es geschieht dies deshalb, weil Mayer einmal zu den wenigen gehört, die eine Systematisierung der Unrechtsausschließungsgründe unter Zerreißung der engen positivistischen Fesseln vorgenommen haben, und zum zweiten, weil trotz vielfacher Kritik im einzelnen das Zurückgreifen Mayers auf die Kultur ungemein befruchtend für die weitere Arbeit auf dem Gebiete der Rechtfertigungsgründe gewirkt hat. Es sei nur erinnert an die Arbeiten von Wegner[198]), Heinitz[199]) und Dörr[200]).

Mayer geht aus von der Unzulänglichkeit der berühmten tautologischen Formel der Positivisten, die nicht mehr zu sagen weiß, als daß rechtswidrig ein Verhalten ist, das mit dem Recht im Widerspruch steht[201]). Er erkennt den Fortschritt der Bindingschen Normentheorie gegenüber dieser Formel an. Binding sieht richtig, daß es „nicht die Strafrechtssätze sind, denen der Verbrecher zuwiderhandelt, sondern andere Rechtssätze, nämlich die ihnen logisch vorausgehenden Normen" [202]). Der tote Punkt wird aber durch diesen Rückgriff auf die Normen nicht überwunden. Denn die Identifizierung von Rechtswidrigkeit und Normenwidrigkeit bringt lediglich eine andere Tautologie, aber nicht die notwendige Realdefinition[203]). Um zu dieser zu gelangen, bedarf es „auf dem von Binding glücklich gebahnten, aber nicht weit genug verfolgten Weg" noch eines Schrittes „weiter weg vom Strafgesetz, über die Rechtsnorm zur Kulturnorm" [204]).

---

198) Krim. Unrecht, Staatsunrecht und Völkerrecht, 1925.

199) Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit, 1926.

200) Die ärztliche Schwangerschaftsunterbrechung nach geltendem und künftigem Recht, 1929.

201) S. 174, die Seitenzahlen beziehen sich, auch im folgenden, auf das Lehrbuch.

202) S. 176.

203) S. 76 und 181.

204) S. 37.

Die Liszt'sche Auffassung, die im Endergebnis rechtswidriges mit gesellschaftswidrigem Verhalten gleichsetzt, scheitert nach ihm daran, daß die Gesellschaftswidrigkeit ein de lege lata unbrauchbarer Begriff ist [205]). Von Graf zu Dohnas Lehre sagt er richtig, daß ihre Ausbeute nur insoweit über die Einsicht, Rechtmäßigkeit sei Richtigkeit, hinausgehe, als die Heiligung des Mittels durch den Zweck verworfen werde, da auch das Mittel an und für sich richtig sein müsse. Damit sei zwar das Problem der Rechtswidrigkeit auf eine Klärung bringende Frage zurückgeführt, diese selbst aber bleibe offen.

Gegenüber all diesen Versuchen betont Mayer, daß die der Nominal- entsprechende Realdefinition der Rechtswidrigkeit nur gefunden werden kann, wenn man bei der Betrachtung des Rechts einen außerhalb dieses liegenden Standpunkt einnimmt [206]). Diese „externe" [207]) Begründung der Rechtswidrigkeit findet er in dem Zurückgehen auf die Kulturnormen. Sie sind für ihn ein Sammelname „für die Gesamtheit derjenigen Gebote und Verbote, die als religiöse, moralische, konventionelle, als Forderungen des Verkehrs und des Berufs an das Individuum herantreten" [208]). Im Lehrbuch definiert er präziser: „Kulturnormen sind Verbote und Gebote, durch die eine Gesellschaft das ihrem Interesse entsprechende Verhalten fordert" [209]).

Die Gesetzgebung nun grenzt das rechtmäßige vom rechtswidrigen Verhalten ab durch Anerkennung von Kulturnormen in den gesetzlichen Tatbeständen [210]). Die Tatbestände werden damit zum Erkenntnisgrund dafür, welche Kulturnormen Anerkennung und wie weit sie Anerkennung gefunden haben, sie sind „Indizien der Rechtswidrigkeit" [211]). Als Realdefinition der Rechtswidrigkeit ergibt sich aus alledem: „Rechtswidrig ist dasjenige Verhalten, das staatlich anerkannten Kulturnormen widerspricht" [212]).

Die Theorie Mayers ist wegen ihrer staatsrechtlichen Formulierung überwiegend abgelehnt worden. Der Gedanke der kulturellen Bedingtheit des Rechts jedoch hat durch ihn erst die gebührende Anerkennung gefun-

---

205) S. 179.
206) S. 179.
207) S. 177.
208) Rechtsnormen und Kulturnormen, S. 17.
209) S. 44.
210) S. 51.
211) S. 52. vgl. auch S. 10 Anm. 21 und S. 181. — Der Gedanke des „Indizes" findet sich schon bei Beling, L. v. V., S. 163/64: „Der Tatbestand deutet darauf hin, daß in der Regel Rechtswidrigkeit vorliegt — nicht mehr oder weniger". Vgl. jedoch auch S. 37 dortselbst: „Die Strafbarkeit ist ein Symptom für die Rechtswidrigkeit — aber ein Symptom, das wir erst bejahen können, nachdem wir die Rechtswidrigkeit vorab festgestellt haben, also ein recht nutzloses Symptom!"

212) Die Auffassung Mayers, daß der Rechtssatz nicht an die Untertanen, sondern lediglich sich an die Staatsorgane richte, daß aber trotzdem Unkenntnis des Gesetzes nicht vor Strafe schütze, weil der einzelne immer die zugrunde liegende Kulturnorm kenne, braucht in diesem Zusammenhange nicht näher erörtert zu werden.

den. Gerade der sogenannte „kulturelle Objektivismus" wurde der Gegner der subjektiv-kritischen Lehre, der der angeblichen Willkür der subjektiven Wertung „objektive Gegebenheiten" gegenüberstellte [213]).

2. Die Einwendungen des „Objektivismus" gegen den „Subjektivismus".

Wir müssen uns nunmehr an dieser Stelle noch mit den Einwänden auseinandersetzen, die von objektiver Seite gegen den subjektiv-kritischen Standpunkt insoweit erhoben werden, als die Auslegung des geltenden Rechtes in Frage steht.

Wir haben oben gesehen, daß im Gebiete der reinen Rechtslehre jegliche Art des Objektivismus abzulehnen war. Die grundlegenden Untersuchungen Stammlers [214]) haben das völlig zweifelsfrei gestellt. Diese Tatsache kann auch seitens der Vertreter einer objektiven Auffassung billigerweise nicht bestritten werden [215]).

Es wird aber behauptet, daß auf dem Gebiete der Auslegung und Lückenergänzung des geltenden Rechtes auf die subjektive Wertung verzichtet werden müsse zu Gunsten objektiver Gegebenheiten wie z. B. herrschender Kulturanschauungen oder der Wertvorstellungen der tonangebenden Schicht. Es ist deshalb im folgenden zu klären, ob insoweit die Einwände gegen die kritische Methode, wie sie insbesondere von Wegner, Heinitz und Dörr erhoben werden, Berechtigung haben.

Der Gegensatz der beiden Lehrmeinungen spitzt sich, wie Heinitz richtig bemerkt, auf die Frage zu, ob der Begriff der Rechtswidrigkeit letzten Endes in wertender oder kognitiver Betrachtungsweise festzustellen ist [216]). Die Diskussion der beiden Auffassungen krankt daran, daß die Vertreter der objektiven Ansicht zur Widerlegung des Kritizismus sich einen Begriff des Subjektivismus heraussuchen, der von den „Subjektivisten" selbst überhaupt nicht vertreten wird. Auf diese Weise hat man ein einfaches Spiel: der Subjektivismus ist leicht in Grund und Boden verdammt, aber der Sache ist nicht gedient. So behauptet insbesondere Dörr [217]), der „Subjektivismus" setze „an die Stelle der positiv-rechtlichen Würdigung, der gesetzlichen Wertung der Handlung die eigene subjektive Wertung des Richters. Er kommt zu dem Ergebnis, daß der Subjektivismus zu verwerfen sei wegen der „erheblichen Gefährdung der Rechtssicherheit und einheitlichen Rechtsprechung" [218]). Dieser Einwand trifft aber gerade für Sauer und Mezger nicht zu. Die Tatsache, daß Mez-

---

213) Zur Kritik Mayers vgl. die eingehenden Darlegungen Sauers, Grdl. S. 269 ff. und Heinitz' S. 85 ff.

214) vgl. insbesondere Theorie der Rechtswissenschaft, S. 470 ff., S. 511 ff., S. 687 ff.

215) vgl. namentlich Heinitz, S. 79: „Nun ist dem kritischen Subjektivismus einzuräumen, daß eine Beurteilung und Wertung des geltenden Rechtes nicht anders möglich ist, als in subjektiv-kritischer Weise".

216) S. 81.

217) Die ärztliche Schwangerschaftsunterbrechung usw., S. 11.

218) S. 15 a.a.O.

ger zwischen einfachem und kritischem Subjektivismus unterscheidet, erwähnt Dörr nicht. Und gerade Mezger lehnt doch den einfachen Subjektivismus ab, weil er lediglich das subjektive Rechtsgefühl des einzelnen walten läßt [219]). Gerade er legt ferner mit einer Deutlichkeit, die wahrhaftig nichts zu wünschen übrig läßt, am Schlusse von ‚Sein und Sollen' [220]) noch einmal seine subjektiv-kritische Auffassung dar. Er sagt dort, um noch einmal darauf hinzuweisen: „Wo der Gesetzeswortlaut versagt, da sind dem Juristen zunächst der gesamte Zusammenhang und der gesamte Aufbau der gesetzlichen Vorschriften, die historische Entstehung des Gesetzes und die geschichtlich zutage getretenen, vom Gesetzgeber in einem bestimmten Sinne entschiedenen Interessenkonflikte und endlich die „teleologische" Weiterbildung des konkreten Gesetzeszweckes von maßgebendem Einfluß". Das letzte, entscheidende Wort gibt er der eigenen Stellungnahme des Gesetzesinterpreten. „Aber kein noch so scharfsinniges Sophisma vermag auf die Dauer die Tatsache zu verschleiern, daß die eigene Stellungnahme auf Seiten des Interpreten und Richters das letzte entscheidende Wort bedeutet".

Auch Sauer verwahrt sich in eingehender Darstellung gegen den Vorwurf des Subjektivismus [221]). Das, was Dörr gegen den Subjektivismus sagt, trifft lediglich den einfachen Subjektivismus. Auch Bergenroth [222]) behauptet in Anschluß an Dörr, daß der Materialismus — so bezeichnet er die kritische Methode — praktisch kaum zu verwerten sei, und daß er nicht geeignet sei, ein geordnetes, sicheres Rechtsleben zu gewährleisten. Gerade er hätte diese üblichen Vorwürfe nicht ohne weiteres übernehmen dürfen, da inzwischen Eberhard Schmidt in der 26. Auflage des Liszt'schen Lehrbuches [223]) ausdrücklich die Auffassung Dörrs und die sich an diesen anschließende Jansens (Pflichtkollisionen im Strafrecht, Breslau 1930) als „völlig verkehrt" bezeichnet hat.

Heinitz allein setzt sich in gründlicher und klar abwägender Weise mit dem Subjektivismus auseinander. Doch auch er wird in den entscheidenden Punkten der kritischen Methode nicht gerecht. Mit Recht bemerkt deshalb Wolter [224]), daß wohl Heinitz nur den Subjektivismus im schlechten Sinne meine, wenn er gegen ihn auftrete, und Eberhard Schmidt sagt richtig [225]): „Zu falschen Auffassungen kann es führen, wenn man mit Heinitz u. a. die im Text vertretene Auffassung als ‚Subjektivismus' bezeichnet. Das trifft vielleicht gegenüber Graf zu Dohna zu, nicht aber gegenüber Sauer, Mezger und dem Text".

Heinitz [226]) erkennt richtig, daß der eigene Wertmaßstab des Rechtsanwendenden nur dort eingesetzt werden könne, wo ein von der Wertung des Gesetzgebers freier Raum vorhanden sei. Es könne aber nicht vermutet werden, daß das Gesetz anstelle seines Wertmaßstabes einen ande-

219) Sein und Sollen, S. 10 ff.
220) S. 106.
221) S. 403/4 der Grundlagen.
222) Der übergesetzliche Putativnotstand, 1933, S. 17.
223) S. 188 Anm. 21.
224) ZStW 48, S. 44, in und bei Anm. 44.
225) a.a.O.
226) S. 81.

ren für maßgebend habe erklären wollen. Soweit also überhaupt gesetzliche Wertungen zu ermitteln seien, gebühre diesen der Vorrang.

Das wird von der richtig aufgefaßten subjektiven Lehre auch nicht bestritten und Heinitz macht sich selbst deshalb den Einwand, daß der Subjektivist nur für die Lücken des Gesetzes die eigne Wertung verlangen würde.

Er fordert deshalb eine möglichst weite Fassung des Begriffes der gesetzlichen Wertungen, weil er die stärkste Gefahr der subjektiven Theorien darin sieht, daß sie „primär nach ‚transpositiven' statt nach ‚immanenten' Werturteilen suchen". Deshalb sollen dort, wo sich immanente Werturteile finden lassen, transpositive Wertungen nicht aufgestellt werden dürfen [227].

Gerade diese Selle zeigt, wenn man ihr die erwähnten Mezger'schen Ausführungen gegenüberhält, daß auch Heinitz die kritische Methode zu einseitig auffaßt. Denn sie greift erst dann zu transpositiven Wertungen, wenn die immanenten erschöpft sind.

Allerdings verkennt Heinitz nicht, daß eine auch noch so weite Fassung des Begriffes der gesetzlichen Wertungen den Subjektivisten nicht daran hindern könne, zu entgegnen, „daß alle gesetzlichen Wertungen notwendig lückenhaft sind, und daß so der Verzicht auf die eigene Wertung des Richters nicht durchführbar sei" [228]. Er sagt selbst, daß dieses Argument den Subjektivismus scheinbar ganz unentbehrlich mache. Er gesteht ihm jedoch auch in diesem beschränkten Wirkungskreise keine Berechtigung zu, indem er darauf hinweist, daß neben dem eigenen Ermessen des Richters in diesem Falle auch noch die Möglichkeit bestehe, nach den „Kulturanschauungen", den „herrschenden Wertbestrebungen innerhalb der Gemeinschaft" zu entscheiden [229]. Er meint, daß sich „streng logisch" weder das eine noch das andere beweisen lasse, und daß beide Anschauungen ihre Vorzüge und Nachteile hätten. Zu Gunsten des Objektivismus führt er an, daß „das Wurzeln des Rechts in der allgemeinen Kultur es als unbegründet und unrichtig erscheinen lasse, die eigene Wertung des Richters heranzuziehen, wo sich innerhalb der Kulturgemeinschaft eine herrschende Anschauung finden läßt, die einen Wertmaßstab abzugeben geeignet ist" [230]. Gegen die kritische Methode führt er lediglich an, daß sie eine „höchst bedenkliche" Rechtsunsicherheit mit sich führen würde [231], und daß es bedenklich sei, „einer Rechtsprechung die Wege zu bahnen, die mit den herrschenden Kulturanschauungen in Widerspruch stehen könnte" [232]. Die Schwierigkeiten bei der Ermittlung objektiver Gegebenheiten wie der „herrschenden Meinung" im Einzelfall glaubt er hinnehmen zu können, weil die Ergebnisse in diesem Falle doch wesentlich einheitlicher seien, als bei einem „freien subjektiven Werten" [233].

227) S. 83.
228) Ebendort.
229) S. 84.
230) S. 84.
231) Ebendort.
232) S. 85.
233) Ebendort.

Er gibt unumwunden zu, daß „herrschende Kulturanschauungen von einem höheren Standpunkt aus durchaus unsittlich sein können“ [234]).

Und er gibt Stammler auch recht, der es als „schlimme geistige Tyrannei“ empfindet, wenn wir auf unsere eigenen ethischen Überzeugungen zugunsten von Kulturanschauungen, nur weil sie herrschend sind, verzichten sollten. Die Notwendigkeit der Kritik an den herrschenden Anschauungen erkennt er an. Aber er bestreitet, daß es Aufgabe des Richters sei, hier voran zu schreiten. Das müsse der Richter dem Volkswirt und dem Politiker überlassen. Überdies bestände keinerlei Gewähr, daß die subjektiven Ansichten des Richters objektiv richtiger seien als herrschende Kulturanschauungen [235]).

Um zu vermeiden, daß sich der Richter einer herrschenden Tagesmeinung unterordne, verlangt er, daß die Tagesmeinung „eine Kulturanschauung“ sei. Eine Kulturanschauung im Gegensatz zur Tagesmeinung liegt aber dann vor, wenn sie ihrer Form nach dasjenige besitzt, „was man beim Gewohnheitsrecht als opinio necessitatis bezeichnet, die Überzeugung von ihrer Notwendigkeit und Richtigkeit, ferner eine gewisse Dauer und den Zusammenhang mit der Gesamtheit der Kulturanschauungen“ [236]).

Die kulturellen Anschauungen bekommen also — wie es Wolter nennt [237]) — „eine Art Gewohnheitsrechtsbanderole“ und zwar deshalb, weil sonst der Unterschied zwischen Tagesmeinung und Kulturanschauung nur nach einer kritischen Wertung gefunden werden könnte.

Für die Feststellung einer herrschenden Kulturanschauung hält Heinitz angesichts der zu seiner Zeit noch herrschenden weltanschaulichen Zersplitterung das „Urteil des führenden Volkskreises, der kulturell tonangebenden Schicht“ für maßgebend [238]).

Für die Fälle, in denen sich eine herrschende Kulturanschauung nicht ermitteln läßt, weil entweder noch überhaupt kein Werturteil innerhalb der beteiligten Volkskreise besteht, oder weil der Gegensatz innerhalb der Gemeinschaft so tief ist, daß man von einem herrschenden Urteil des tonangebenden Kreises nicht sprechen kann, für diese Fälle lehnt Heinitz die Annahme eines Rechtfertigungsgrundes überhaupt ab [239]).

Bei der Durchsicht der Heinitz'schen Darlegungen kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, daß er sich letzten Endes nur deshalb für den kulturellen Objektivismus entscheidet, um die Anerkennung der Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit zu erleichtern. Für ihn handelte es sich ja darum, den Gedanken der materiellen Rechtswidrigkeit gegenüber der damals noch herrschenden rein formalen Auffassung überhaupt zur Anerkennung zu bringen. Denn für den Formalismus, der sich lediglich an

---

234) S. 101, vgl. dazu auch noch Stammler, Theorie, S. 709 ff. und M. E. Mayer Rechtsphilosophie, S. 33.

235) S. 101.

236) S. 102.

237) ZStW 48, S. 37.

238) S. 103, vgl. dazu auch Beling, Vom Positivismus zum Naturrecht und zurück, Arch. f. ziv. Praxis, Beil. Heft 7, 13. Bd., 1931.

239) S. 105.

die Tatbestände des geschriebenen Gesetzes klammerte, bedeutete es schon große „Rechtsunsicherheit", auf herrschende Kulturanschauungen zurückzugreifen. Die Anerkennung der Notwendigkeit subjektiver Wertung hätte sicherlich das Vordringen der materiellen Auffassung noch mehr erschwert.

Wir haben davon auszugehen, daß auch Heinitz — vielleicht bewußt — den Subjektivismus im schlechten Sinne nicht von dem Subjektivismus unterscheidet, der von Mezger, Sauer und anderen vertreten wird. Auch er argumentiert — wie wir gesehen haben — mit dem „freien subjektiven Werten" und kann damit die kritische Methode nicht treffen, da diese alle vorhandenen objektiven Gegebenheiten vor der eigenen Wertung berücksichtigt. Ein Nachteil gegenüber dem Objektivismus ergibt sich deshalb bei ihrer Zugrundelegung nicht. Sie wäre deshalb selbst dann anzuwenden, wenn sich „streng logisch" weder das eine noch das andere beweisen ließe. Aber selbst „streng logisch" gibt es nur eine Entscheidung. Das dürfte die Arbeit von Mezger, „Sein und Sollen im Recht", erwiesen haben, die zu dem Ergebnis gelangt, daß die Ausschaltung der Eigenwertung des Richters aus logischen Gründen unmöglich ist [240]).

Daß die Wertung in den Grenzfällen, um die es sich gerade hier handelt, sehr schwierig ist, wird von niemandem bestritten. Mit Recht sagt Eberhard Schmidt [241]): „Freilich ohne jede ‚subjektive Beimischung' wird sich die richterliche Wertung namentlich im Falle kultureller Wertungen nicht vollziehen. Die Gefahr willkürlicher Wertungen ist daher nicht ausgeschossen. Gerade aber hier zeigt es sich, daß richterliche Subsumtion nicht nur eine Angelegenheit des Intellektes, sondern auch eine solche charakterlicher Selbstzucht ist" [242]).

V. Die Güterabwägungs- und die Zwecktheorie.

Es soll nicht verschwiegen werden, daß im Rahmen der bisherigen Rechtsauffassung die praktische Auswirkung der positiven Unrechtsbestimmung auf die Rechtfertigung tatbestandsmäßigen Handelns beschränkt blieb. Daraus darf jedoch nicht der Schluß gezogen werden, daß die positive Unrechtsbestimmung versagt habe. Sie war ja notwendigerweise auf die Herausarbeitung gesetzlich nicht geregelter Rechtfertigungsgründe beschränkt. Denn nur auf diesem Gebiete gestattete das alte Recht

---

240) S. 106 dortselbst.

241) Lehrbuch 26. Aufl., S. 183.

242) So mit Recht außer dem schon genannten Lehrbuch von Liszt-Schmidt, Hegler, Frankfestgabe I, S. 272, Anm., Grünhut, Frankfestgabe I, S. 30 u. ZStW 51 S. 464, Drost, Ermessen des Strafrichters, 1930, S. 25, 27/29, E. Wolf in Festgabe f. Reichsger. V. S. 55, Mezger, Lehrbuch, S. 191 und 203/4, Siegert, Notstand usw., S. 4, Tarnowsky, S. 283, wenn er sagt, daß es keine Möglichkeit gebe, „der in der Subjektivität der Entscheidung liegenden Schwierigkeiten zu entgehen". A. M. außer den schon Genannten Rittler, ZStW 49, S. 465, Anm. 4 und Zimmerl, Strafrechtliche Arbeitsmethode de lege ferenda, S. 279 ff.

Analogiebildungen, während es auf dem Gebiete der unrechtsbegründenden Tatbestände jede Analogie strikt ablehnte. Ein rechtswidriges Verhalten war nur dann strafbares Unrecht, wenn es von einem Tatbestand des Strafgesetzbuches erfaßt wurde. Fehlte ein entsprechender Tatbestand, so durfte nicht auf den vor den Tatbeständen liegenden Unrechtsbegriff zurückgegriffen werden, insbesondere konnte die Strafbarkeit nicht durch analoge Gesetzesanwendung begründet werden.

Gerade dieser Umstand ist es gewesen, der die richtige systematische Erfassung des Verhältnisses von Rechtswidrigkeit und Tatbestand so sehr erschwerte. Er ist es gewesen, der der positiven Unrechtsbestimmung die Aschenbrödel-Rolle zuwies, lediglich als Rechtsergänzung im Bereiche der Rechtfertigungsgründe zu wirken.

Das darf uns jedoch nicht mehr daran hindern, die Rechtsergänzungsprinzipien, die bei dem Problem der Rechtfertigung tatbestandsmäßigen Verhaltens entwickelt worden sind, an der richtigen systematischen Stelle zu erörtern. Das gilt vor allem für die Güterabwägungstheorie, die bei der Begründung des übergesetzlichen, rechtfertigenden Notstandes von so großer Bedeutung ist.

Sie wurde zum ersten Male in dem Buche Rudolf Merkels: „Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen" (1895) in ausführlicher monographischer Darstellung entwickelt. Die Merkel'sche Arbeit gab den Anstoß zu eingehender Diskussion der Kollisionsfragen und gewann auf die Normierung der bürgerlich-rechtlichen Notstandsvorschriften (§§ 228 und 904 BGB) maßgebenden Einfluß. Die Formulierung des Kollisionsgrundsatzes durch Merkel entspricht der Sache nach durchaus der Auffassung, wie sie auch heute noch von den Anhängern der Güterabwägung vertreten wird. Die Merkel'sche Definition lautet: „Ist ein regelmäßig höher gewertetes Interesse zu Gunsten eines regelmäßig niedriger gewerteten verletzt worden, oder ein solches Interesse, für welches keine generelle Wertung besteht, so kommt es darauf an, ob das in der Aufopferung desselben sich aussprechende Werturteil des einzelnen vom Richter als nach Lage des Falles in Übereinstimmung mit dem gesellschaftlichen Werturteil stehend gefunden und demgemäß bestätigt wird" [243]).

Den Anhängern der positivistischen Rechtsauffassung gegenüber konnten die Vertreter des Kollisionsgrundsatzes darauf hinweisen, daß er in verschiedenen Gesetzesbestimmungen ausdrücklich anerkannt war. So in Artikel 46 III E, BGB und in § 17 des Reichspostgesetzes von 1871 (die erstere Bestimmung erlaubt die Vornahme der kirchlichen Trauung vor der standesamtlichen Eheschließung bei lebensgefährlicher, einen Aufschub nicht gestattender Erkrankung eines der Verlobten, die zweite gestattet in gewissen Ausnahmefällen die Benutzung sonst verbotener Wege). Es sei ferner noch an die Bestimmungen der §§ 700 ff. des HGB über Haverei erinnert und die oben schon erwähnten §§ 228 und 904 BGB.

Das Reichsgericht hat sich diesen Gedankengängen nicht verschlossen und in seiner berühmten Entscheidung vom 11. März 1927 (E 61, S.

---

243) S. 78.

242 ff.) auf Grund dieses Prinzips einen besonderen Rechtfertigungsgrund, den des „übergesetzlichen Notstandes"[244]) anerkannt[245]).

Der höchste Gerichtshof verließ damit für die Rechtfertigung tatbestandsmäßigen Verhaltens die streng gesetzespositivistische Auffassung und betonte ausdrücklich[246]), daß „die Rechtssätze, aus denen sich die Gründe für den Ausschluß der Widerrechtlichkeit ergeben, dem gesetzten oder dem ungesetzten Recht angehören können", und daß sie „insbesondere im Wege der Auslegung unter Berücksichtigung des Zweckes und des gegenseitigen Verhältnisses der geschriebenen Normen ermittelt werden" können.

Den auf diesem Wege gefundenen Grundsatz der Güter- und Pflichtenabwägung formuliert es folgendermaßen[247]): „In Lebenslagen, in welchen eine den äußeren Tatbestand einer Verbrechensnorm erfüllende Handlung das einzige Mittel ist, um ein Rechtsgut zu schützen oder eine vom Recht auferlegte oder anerkannte Pflicht zu erfüllen, ist die Frage, ob die Handlung rechtmäßig oder unverboten oder rechtswidrig ist, an Hand des dem geltenden Recht zu entnehmenden Wertverhältnisses der im Widerstreit stehenden Rechtsgüter oder Pflichten zu entscheiden"[248]).

Von den Vertretern der sogenannten Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit wurde der Grundsatz der Güter- oder Interessenabwägung seit jeher anerkannt. Sie sahen in ihm eine konkretere Ausgestaltung des allgemeinen materiellen Prinzips. Ihnen gelang es damit, notwendig werdende Einschränkungen des Güterabwägungsgrundsatzes bei seiner Anwendung im Einzelfall methodisch einwandfrei zu erklären[249]).

So nennt Sauer die Interessenabwägungstheorie lediglich eine „Ausstrahlung" des allgemeinen Grundgedankens[250]). Eberhard Schmidt nennt sie „eine Richtlinie, welche dem Richter den Weg weist, wenn er aus der durch die jeweilige Kultur bedingten Idee der Gerechtigkeit unmittelbar die Entscheidung zu schöpfen hat"[251]).

Das Recht selbst erfaßt er mit Brütt „als ein inhaltlich am Zweckgedanken der Kulturförderung orientiertes sinnvolles Normengefüge"[252]). Seinen Sinn sieht er darin, daß „richtige Zwecke mit angemessenen Mitteln erstrebt und erreicht werden"[253]).

---

244) Den Ausdruck „übergesetzlicher Notstand" prägte das Reichsgericht erst in der späteren, ebenso bekannten Entscheidung vom 20. April 1928 (E 62, S. 137 ff.).

245) Anhänger des reinen Güterabwägungsgrundsatzes sind außer den Genannten Beling, ZStW 44, S. 236 und Grundzüge, 11. Aufl. S. 15, Wachinger, Frankfestgabe I, S. 475, Frank, 18. Aufl., S. 153 und Mezger, Lehrbuch, S. 239 ff.

246) E 61, S. 247.

247) S. 254 a.a.O.

248) vgl. ferner für die Pflichtenkollision E 20, S. 191, 36, S. 80, für die Rechtsgüterkollision E 23, S. 116, 37, S. 150, und die schon genannten Entscheidungen.

249) vgl. schon Heinitz, S. 33 ff., insbesondere S. 37.

250) Grundl., S. 292.

251) ZStW. 49, S. 374 mit den dort zit. Schriftstellern.

252) S. 375 a.a.O.

253) S. 376 ebendort.

Als formalen Maßstab zur Annäherung an die Idee der Gerechtigkeit benutzt er damit die Dohna'sche Zwecktheorie [254]).

Die stoffliche Ausfüllung dieser formalen Maxime bieten ihm „die in der Gemeinschaft herrschenden Kulturanschauungen, die in den staatlichen Einrichtungen erkennbar hervortretenden Wertungen, die Lebensgewohnheiten, Verkehrsgepflogenheiten, Zeitströmungen, vor allem aber die sittlichen Anschauungen und Kulturideale seiner Zeit und seines Volkes" [255]).

Nach ihnen ist sowohl die Richtigkeit des Zweckes wie auch die Angemessenheit des Mittels zu beurteilen. Die Güterabwägung insbesondere hält er für ein wichtiges Hilfsmittel, um die Angemessenheit im Sinne der Zwecktheorie zu erkennen [256]). Die rein äußerliche Güterabwägung allein kann zu falscher Beurteilung führen. Denn die Wahrung eines höherwertigen Gutes gegenüber einem geringerwertigen kann rechtswidrig sein, wenn das zur Erhaltung des höherwertigen Gutes angewandte Mittel nicht zu billigen ist. Er hat in ausführlicher Darstellung [257]) eine Analyse der erwähnten reichsgerichtlichen Urteile vom 11. März 1927 und vom 28. April 1928 gegeben und gezeigt, daß das Reichsgericht in seinen Entscheidungen neben der Güterabwägung auch andere Erwägungen herangezogen hat. Bei der Schwangerschaftsunterbrechung verlangt es Berücksichtigung des Willens der Mutter, ferner eine gewissenhafte Prüfung seitens des Täters (Arztes), sowie seine Fähigkeit, die Lage richtig zu beurteilen. Die Notstandshandlung darf schließlich, wie wir oben gesehen haben, nur das einzige Mittel zum Schutze des gefährdeten Interesses sein.

Der Güter- und Pflichtenabwägungsgrundsatz wird also vom Reichsgericht selbst nicht uneingeschränkt vertreten. Es ist deshalb Eberhardt Schmidt zuzustimmen, wenn er sagt, daß vom Reichsgericht „zwar die Zwecktheorie abgelehnt, aber ein aus ihr abgeleiteter Grundsatz angewendet worden ist" [258]). Die Verschmelzung beider Theorien ist deshalb notwendig, weil in ihnen sich nicht der „Kampf konkurrierender Prinzi-

---

254) vgl. oben S. 30 ff.; vgl. auch Dohna, Recht und Irrtum, S. 11 ff. Auch Dohna erfaßt hier letzten Endes das Güterabwägungsprinzip als Spezialisierung einer allgemeineren Formel, die lautet: „Die Anwendung des angemessenen Mittels zur Erzielung eines von der Rechtsordnung anerkannten Zweckes kann nicht rechtswidrig sein." vgl. auch noch Sieverts, S. 132, der ausführt, daß die methodologisch richtige Fassung des Güterabwägungsprinzips die Zwecktheorie biete mit dem Satz vom „angemessenen Mittel zum richtigen Zweck" und dann sehr schön sagt: „In diesem Satz ist das teleologische Wesen des Rechts selbst zur Richtlinie für die Rechtsergänzung erhoben und zugleich auf die kürzeste Formel gebracht".

255) a.a.O., S. 376 mit den in Anm. 69—71 gen. Schriftstellern.

256) S. 379 a.a.O.

257) a.a.O., S. 350 ff.

258) S. 378 a.a.O. Zustimmend auch Sieverts S. 132: „daß die Rechtspraxis das Güterabwägungsprinzip in dieser Richtung stets als einschränkungsbedürftig erwiesen hat, deutet darauf hin, daß diese Maxime noch nicht der zureichende Ausdruck für die formale Richtlinie ist, die bei der Lückenausfüllung zu befolgen ist".

pien"[259]) ausdrückt, sondern weil die Grundgedanken beider sich ergänzen. Die Zwecktheorie weist darauf hin, daß bei der übergesetzlichen Rechtfertigung tatbestandsmäßigen Verhaltens nicht allein zu prüfen ist, ob der Zweck, der mit dem tatbestandsmäßigen Verhalten verwirklicht werden soll, rechtlich anerkannt ist (reine Güterabwägung), sondern auch, ob das dazu verwendete Mittel ein angemessenes ist. Der Güterabwägungsgrundsatz ist also eine Richtlinie zur Feststellung der staatlichen Anerkennung des Zwecks und damit „eine nähere Ausführungsanweisung zur Zwecktheorie"[260]).

Die Verbindung der Güterabwägungstheorie mit der Zwecktheorie hat überwiegend Zustimmung gefunden[261]), wenn auch die Bedeutung der einzelnen Theorien bei ihrer Verschmelzung verschieden gewertet wird. Siegert sieht ebenso wie wir im Güterabwägungsgrundsatz nicht ein Hilfsmittel zur Bestimmung der Angemessenheit des Mittels, sondern faßt den Schutz des überwiegenden Interesses als den „staatlich anerkannten Zweck". Er bestimmt deshalb den übergesetzlichen Notstand „als die Beseitigung einer nicht gesetzlich geregelten Notstandslage durch Eingriff in fremde, rechtlich geschützte Interessen zu Gunsten eines höherwertigen rechtlich geschützten Interesses mit angemessenen Mitteln"[262]).

Mezger lehnt zwar die Zwecktheorie ab[263]), er gibt aber zu, daß das Güterabwägungsprinzip nur ein formales Prinzip ist. Für die materielle Ausfüllung des Grundsatzes läßt er zunächst die sich aus dem Gesetz ergebenden Wertungen maßgebend sein. Beim Fehlen gesetzlicher Wertungen jedoch bestimmt er die Abwägung nach den allgemeinen Kulturanschauungen und im äußersten Falle nach der Rechtsidee selbst. Ein wirklich sachlicher Unterschied zu denjenigen, die die Zwecktheorie mit dem Güterabwägungsprinzip verbinden, besteht demnach nicht. Mit Recht sagt deshalb Sieverts[264]), Mezger übersehe, daß die Zwecktheorie gar nichts anderes sei und sein wolle, „als ein für die Rechtsanwendung praktikabler Ausdruck der formalen Rechtsidee"[265]). Auf die Polemik Mezgers a.a.O. gegen die Zwecktheorie sei an dieser Stelle noch kurz einge-

---

259) vgl. Sieverts, S. 132 unten.

260) a.a.O., S. 132/33.

261) vgl. Sievert, Notstand usw., S. 25, Grünhut, ZStW. 51, S. 461, Henkel, Notstand, S. 88, vgl. ferner Heinitz, S. 33 ff. und 117—120, Eberhard Schmidt in Mitteilungen der internationalen kriminalistischen Vereinigung, Neue Folge, 5. Bd., 1931, S. 131 ff., und Wachinger, ebendort, S. 113 ff. (Wachinger schränkt damit seine in Frankfestgabe vertretene Ansicht ein) und Sieverts, Beiträge usw., 1934, S. 131.

262) a.a.O., S. 25. Ebenso im Anschluß an Siegert, Bergenroth, S. 29.

263) Lehrbuch, S. 242.

264) S. 133.

265) vgl. dazu Sieverts, S. 133. Sehr gut auch der Satz Sieverts dortselbst: „Das Reichsgericht hat sich mit seiner ganz unbegründeten Verwerfung der Zwecktheorie zugleich einer klaren Maxime begeben, die von dieser Instanz ausgesprochen sehr erzieherisch für das so vielfach verwirrte Rechtsgefühl hätte wirken können. So ergibt sich das sonderbare Bild, daß vielfach gerade die Güterabwägungstheorie in dem Sinn verstanden worden ist: der Zweck heilige die Mittel!"

gangen. Das Argument, die Zwecktheorie vertrete die Auffassung, der Zweck heilige die Mittel, sollte nicht mehr gebraucht werden. Denn die Zweckheorie spricht doch — wie oft ist schon darauf hingewiesen worden — lediglich vom „angemessenen Mittel zum rechtlich anerkannten Zweck". Auch die Auffassung Mezgers, daß die Zwecktheorie entweder zu viel oder zu wenig besage, ist nicht richtig. Er meint, sie besage zu viel, „wenn sie ein Mittel schon um deswillen für nicht rechtswidrig erklärt, weil es einem staatlich anerkannten Zweck dient". Wir sahen eben, daß das die Zwecktheorie gar nicht tut, sondern zur Feststellung der Rechtmäßigkeit außer der Anerkennung des Zwecks die Angemessenheit des Mittels verlangt, also gerade nicht jedes Mittel zur Erreichung des anerkannten Zwecks für rechtmäßig erklärt. Mezger glaubt ferner, daß sie zu wenig, weil Selbstverständliches besage, wenn sie das rechtlich zulässige Mittel meine. Das ist aber nicht so selbstverständlich. Gerade der Güterabwägungsgrundsatz und die Rechtsidee (vgl. Mezger, S. 240/41) lassen nicht erkennen, ob das angewendete Mittel auch angemessen sein muß[266]).

Im übrigen ist die Zwecktheorie nicht, wie es in jüngster Zeit besonders RG [267]) und Wachinger [268]) behaupten, im Gegensatz zum Güterabwägungsprinzip zu weit gefaßt. Man muß gerade umgekehrt diesen Vorwurf dem Güterabwägungsgrundsatz machen. Seine Fassung ist zu weit und muß eingeschränkt werden durch den Gedanken der Angemessenheit des Mittels [269]). Auch ist die Zwecktheorie durchaus nicht in geringerem Maße dogmatisch gebunden als die Kollisionstheorie. Die Bestimmung des § 904 BGB beweist in dieser Hinsicht nichts[270]). Denn § 904 BGB beruht nicht auf einer reinen Güterabwägung. Er verlangt außer der unverhältnismäßigen Größe des Schadens, daß eine gegenwärtige Gefahr durch das Mittel einer Einwirkung auf Sachen abgewehrt wird. Er kann also ebenso gut für die Zwecktheorie herangezogen werden.

Richtig an den Einwendungen gegen die Zwecktheorie ist lediglich, daß sie formaler und abstrakter ist als der Gedanke der Güterabwägung. Aber das ist, wie Sieverts mit Recht betont, kein Nachteil [271]), sondern ein Vorzug, da gerade dadurch die Ausfüllung dieser Formel mit den maßgebenden Werten umso weitgehender vorgenommen werden kann [272]).

Auch Lobe [273]) nimmt die nötigen Einschränkungen trotz Ablehnung der Zwecktheorie in der Sache mit ihrer Hilfe vor. Er verlangt, daß die Abwägung der Interessen der einzelnen nicht das Gesamtinteresse aller Rechtsgenossen verletzt und keine Störung des Rechtsfriedens bringt.

---

266) Vgl. Sieverts a.a.O.
267) RGSt., 61, S. 241 ff.
268) Frank-Festgabe I, S. 510.
269) vgl. dazu Sieverts, S. 134 oben.
270) vgl. a.a.O.
271) vgl. a.a.O.
272) vgl. auch noch Sieverts a.a.O., Anm. 168: „Bemerkt sei noch, daß damit die Zwecktheorie auch den methodischen Vorzug hat, den Blick des Richters über eine zu leicht dinglich werdende Güterabwägung hinaus auf alle Kultursphären zu weiten".
273) Leipz. Komm. 1933 S. 32/33.

Bei dem weiteren Ausbau dieses Satzes kommt er zu der These: „Das Interesse der Allgemeinheit kann erheischen, daß Gewähr für die Richtigkeit einer Abwägung widerstreitender Interessen gegeben sei."

Von diesem Standpunkte aus gelangt auch er zu widerspruchsloser, systematischer Fassung notwendiger Einschränkungen [274]).

VI. Rückblick.

Wir haben nunmehr ein Bild gewonnen von den großen Anstrengungen, die gemacht worden sind, um einen wissenschaftlich brauchbaren Rechtsbegriff zu gewinnen. Die Schwierigkeiten waren angesichts der weltanschaulichen Zerrissenheit der vergangenen Epoche gewaltig. Von diesem Gesichtspunkte aus läßt es sich auch begreifen, daß viele in der Form des geschriebenen Gesetzes den „ruhenden Pol in der Erscheinung Flucht" sahen. Umso größer muß aber unsere Achtung vor denjenigen sein, die sich nicht scheuten, trotz alledem zum Wesen des Rechts vorzudringen, um von hier aus die Zusammenhänge aufzudecken. Wenn durch dieses Zurückgehen auf das Recht eine Begründung strafbaren Verhaltens auch nicht möglich war, so war doch das Ziel immer noch lohnend genug. Hatte man doch die Möglichkeit, wenigstens die Rechtfertigung tatbestandsmäßigen Verhaltens, die nur zum Teil aus dem Gesetz ersichtlich war, einheitlich zu erklären und systematisch zu erfassen. Die Bemühungen der Wissenschaft um die Klarstellung des Verhältnisses des Tatbestandes zur Rechtswidrigkeit und die daraus sich ergebenden Leitsätze zur Gewinnung einer Systematik der Rechtfertigungsgründe sind nunmehr zu erörtern.

C. Tatbestand und Rechtswidrigkeit, Rechtfertigungsgrund und Rechtmäßigkeit.

Die unendliche Fülle der Lebensbeziehungen zwischen den einzelnen Menschen hat den Gesetzgeber veranlaßt, genau festzulegen, welche menschlichen Handlungen als rechtswidrig anzusehen sind. Auf diese Weise ist unserem Denken die Möglichkeit gegeben, die Fälle des Unrechts zu katalogisieren und damit leichter zu erfassen. Nicht unbedingt erforderlich ist, daß — wie in unserem deutschen Recht — die so geschaffenen Tatbestände nur gesetzliche sind. Es gibt auch gewohnheitsrechtliche Tatbestände, wie im englischen und amerikanischen Recht.

---

274) Auch hier gilt das von Sieverts (S. 133) in Bezug auf Mezger Gesagte. Es „löst sich der von ihm behauptete Gegensatz seiner Auffassung zu der Zwecktheorie in sachliche Übereinstimmung auf und übrig bleibt — eine Formulierungsfrage".

Die Tatbestände ermöglichen eine Einheitlichkeit der Rechtsprechung und damit die Rechtssicherheit. Die Praxis kann mit Tatbeständen viel leichter arbeiten, als wenn sie in jedem Falle von strafbarem Unrecht unmittelbar nach dem Wesen der Rechtswidrigkeit entscheiden wollte. „Sie genügen", um mit Sauer zu sprechen, „der Erkennbarkeit, der Einfachheit und der Praktikabilität jedenfalls in weit höherem Maße, als es der aus der reinen Rechtslehre entlehnte Begriff der Rechtswidrigkeit vermag" [275]).

Den wichigsten Grund der Notwendigkeit gesetzlicher Tatbestände sah die liberal-rechtsstaatliche Auffassung in der Aufgabe, die Freiheitssphäre des einzelnen Bürgers gegenüber den Eingriffen der Staatsgewalt zu schützen [276]).

Die Lehre vom Tatbestand bildet für die moderne Strafrechtsdogmatik eine der wichtigsten Grundlagen des ganzen Strafrechtssystems. Ihr Begründer ist Beling, der in seiner „Lehre vom Verbrechen" dem Tatbestandsbegriff die ihm gebührende Bedeutung für die Folge sicherte. „Er befreite den Begriff der Tatbestandsmäßigkeit aus der trüben Atmosphäre der auf naturalistisch-utilitaristischen Ideen des 19. Jahrhunderts fußenden „Allgemeinen Rechtslehre" und gab ihm seine dogmatische Bedeutung als wichtigstes Aufbauelement des strafrechtlichen Werturteils" [277]).

Und obwohl die herrschende Lehre ihren Tatbestandsbegriff anders formuliert als Beling selbst, so ist auch dieses Ergebnis wenigstens nicht denkbar ohne die Vorarbeit, die Beling geleistet hat. Gerade den Anregungen, die Beling gab, ist es zu verdanken, wenn wir auf dem Gebiete der Tatbestandslehre heute trotz vielfacher Abweichungen der Terminologie in der Sache klar sehen.

Die einzelnen Bedeutungen, unter denen das Wort Tatbestand in der Wissenschaft begriffen wird, müssen zunächst klargestellt werden.

Im weitesten Sinne versteht man unter Tatbestand „den Inbegriff aller derjenigen Voraussetzungen, an deren Vorhandensein eine Rechtsfolge geknüpft ist" [278]). Für das Strafrecht sind mithin unter Tatbestand „die gesamten Voraussetzungen zu verstehen, die erfüllt sein müssen, damit die Unrechtsfolge der Strafe eintreten kann" [279]). In diesem Sinne verstand der ältere Sprachgebrauch den Begriff des Tatbestandes. Schon Beling bezeichnete die Verwendung des Wortes Tatbestand auf diesen Bedeutungsinhalt als „überflüssiges Unkraut" [280]).

---

275) Grundlagen, S. 297.
276) vgl. oben S. 4 ff.
277) vgl. Wolf RG.-Festgabe 1929: Der Sachbegriff im Str.R., S. 44.
278) Mezger, S. 175.
279) Liszt-Schmidt, S. 180.
280) vgl. Lehre vom Verbrechen, S. 2; vgl. dazu auch Mezger, S. 175, Anm. 4 und die dort Zitierten. Eine Zusammenstellung der vielen Verwendungen des Wortes Tatbestand findet sich in Belings Grundz. d. Strafrechts, 11. Aufl., 1930, S. 28 und in seiner Lehre vom Tatbestand, S. 14/15. Vgl. auch noch Sieverts, S. 111, Anm. 92: Exkurs über die Terminologie „Tatbestand".

In einem engeren Sinne wird das Wort Tatbestand ferner verwendet in der Gegenüberstellung von „Allgemeiner Tatbestand" und „Besonderer Tatbestand". Der allgemeine Tatbestand ist identisch mit dem soeben gekennzeichneten Begriffsinhalt; er bedeutet demgemäß das Vorliegen der Deliktsmerkmale „menschliche Handlung", „Rechtswidrigkeit", und „Schuld" [281]) insgesamt.

Den technisch-legislativen Wert des allgemeinen Tatbestandes kann man mit Freudenthal in dem Satz zusammenfassen: „Die zu ihm gehörigen Merkmale des Verbrechens sind gleichsam vor die Klammer gestellt. Sie gelten für alle die einzelnen in der Klammer des besonderen Teils enthaltenen und von ihr zusammengefaßten Verbrechen" [282]).

Unter „Besonderem Tatbestand" sind demgegenüber zu verstehen, „die Merkmale einer bestimmten Verbrechensart, also Merkmale, die dieser Verbrechensart eigentümlich sind und sie von anderen Verbrechen scheiden" [283]).

Er ist nicht zu verwechseln mit dem „Besonderen Tatbestand" Eberhard Schmidt's, der darunter versteht „die Gesamtheit derjenigen Merkmale, welche das Wesen der einzelnen in den Paragraphen des besonderen Teils beschriebenen Unrechtstypen ausmachen". (S. 180). Schmidt sollte den Ausdruck „Besonderer Tatbestand" wegen der allzuleicht daraus entstehenden Begriffsverwirrung fallen lassen, zumal die herrschende Lehre, wie wir gleich sehen werden, diesen Begriff mit Recht als „den" Tatbestand schlechthin bezeichnet.

Schließlich wird das Wort Tatbestand verwendet zur Bezeichnung des „vom Strafgesetz selbst in seinen einzelnen Strafbestimmungen näher umschriebenen Unrechts" [284]). Dieser Tatbestandsbegriff ist es, dem die so überaus große Bedeutung im Aufbau des Strafrechtssystems zukommt und der in so enger Beziehung zur Rechtswidrigkeit steht und sich als „vertyptes Unrecht" (Sauer), als „Unrechtstypus" (Eberhard Schmidt) darstellt [285]).

Dieser Tatbestandsbegriff ist durchaus von dem Belings verschieden. Beling geht aus vom Deliktstypus, der für ihn ein „Normativgebilde"

---

281) vgl. Liszt-Schmidt, S. 180.

282) ZStW. 48, S. 291.

283) Mezger, Lehrbuch, S. 175; vgl. dazu ferner M. E. Mayer, Lehrbuch, S. 8, Anm. 17 und Mezger, Vom Sinn usw., S. 4.

284) Mezger, S. 176.

285) In dieser Bedeutung wird das Wort Tatbestand heute fast allgemein gebraucht. vgl. Mezger, vom Sinn usw. S. 6/7 und Lehrbuch, S. 176; Liszt-Schmidt, S. 180; Zimmerl, Aufbau, S. 55 ff.; v. Wedel, Wandlung der Tatbestandslehre, Schweiz. Zeitschrift f. Strafrecht, 45 (1931), S. 359 f. und 378; Sieverts, S. 111/112; Bruns, Kritik der Lehre vom Tatbestand, Bonn 1932, Claß, S. 146 und 209, Anm. 244 und Wolf, RG-Festgabe V, S. 54. In „Typen der Tatbestandsmäßigkeit" ist Wolf jedoch anderer Auffassung geworden und versteht jetzt unter Tatbestand den Beling'schen „Deliktstypus". Sein Tatbestandsbegriff umfaßt neben den Bestandteilen, die den Unrechtstypus bilden, diejenigen täterpsychischen Merkmale, die zur Schuld gerechnet werden. vgl. auch Gemmingen, Rechtswidrigkeit usw., S. 69/70: „Tatbestandsmäßigkeit ist also eine Art der Gattung Rechtswidrigkeit".

ist, „ebenso wie Unrecht und Schuld, in deren Umkreis sie eingezeichnet sind“ [286]). Er setzt sich zusammen aus Merkmalen, die sich auf die äußere und innere Seite der Handlung beziehen. „Unrechtstypus“ und „Schuldtypus“ zusammen machen den „Deliktstpus“ aus [287]). Dem Deliktstypus ist das „Leitbild“ vorgelagert, auf welches die äußeren und inneren Elemente des Deliktstypus hinweisen, und das dadurch die Einheit des Deliktstypus herbeiführt. Dieses „Leitbild“ nennt Beling „gesetzlichen Tatbestand“ [288]) [289]).

Nach dieser Klarstellung des hier gebrauchten Begriffes des Tatbestandes kann nunmehr übergegangen werden auf das für den Aufbau des Strafrechtssystems so grundlegende Verhältnis von Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit.

Für Binding besaß der Tatbestand gegenüber der Normwidrigkeit überhaupt keine selbständige Bedeutung [290]).

Genau umgekehrt hatte nach der von Baumgarten begründeten Theorie der negativen Tatbestandsmerkmale [291]) die Rechtswidrigkeit gegenüber der Tatbestandsmäßigkeit keine Bedeutung. Waren daher für Binding die Fälle ausgeschlossener Rechtswidrigkeit Ausnahmen von der Norm, so fielen sie für Baumgarten überhaupt nicht unter den Tatbestand.

Beide Theorien, die allein schon wegen der gemeinsamen streng positivistischen Grundhaltung abgelehnt werden müßten, setzten sich nicht durch.

Herrschend wurde vielmehr die Lehre, die die Frage der Tatbestandsmäßigkeit eines Verhaltens von der weiteren unterschied, ob dieses Verhalten rechtswidrig sei. Es ist dies die bekannte Liszt-Beling-Mayer'sche Auffassung. Für Beling ist der Tatbestand wertfrei [292]). Ein Verhalten, das unter einen Tatbestand subsumiert werden kann, ist damit noch kein rechtswidriges. Es deutet dies allerdings darauf hin, daß in der Regel Rechtswidrigkeit vorliegt [293]). M. E. Mayer griff diese Lehre auf und brachte den Kern seiner Auffassung auf die bekannte Formel der Tatbestandsmäßigkeit als eines Indizes der Rechtswidrigkeit [294]). „Nur bis zum Beweise des Gegenteils ist der Schluß von der Tatbestandsmäßigkeit auf die Rechtswidrigkeit richtig“ [295]). Der Gegenbeweis kann geführt

---

286) Lehre vom Tatbestand, S. 2.

287) Lehre vom Tatbestand, S. 2 und Grundz., S. 24.

288) Lehre vom Tatbestand, S. 6.

289) Über den im Anschluß an die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen aufgestellten Tatbestandsbegriff Radbruchs (Frank-Festgabe I, S. 158 ff.) vgl. Sieverts, S. 113, Anm. 92 Ziff. 5.

290) vgl. Normen II, S. 161 und S. 230/31, ferner Binding, Ger.-S. 76, S. 11.

291) Aufbau der Verbr.Lehre, 1913, S. 210 ff.

292) vgl. Beling, Lehre v. Verbrechen (1906), S. 116/17, 145/147, Methodik (1922), S. 63/64; ZStW. 44, S. 221; Grundzüge, 10. Aufl. (1928), S. 16, 21—23.

293) vgl. oben S. 44 in und bei Anm. 211.

294) Allgemeiner Teil, S. 10 und S. 52, 182.

295) S. 52.

werden durch einen einzelnen Rechtssatz (Rechtfertigungsgrund) oder aber aus dem Zusammenhang des ganzen Rechtssystems.

Die Entwicklung der Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit führte zu einer Änderung der eben skizzierten Systembildung. Mezger erfaßte 1926 [296]) die Tatbestandsmäßigkeit als echte ratio essendi der Rechtswidrigkeit. Wolter setzte sich 1928 für die schon lange von Sauer vertretene Auffassung des Tatbestandes als der vertypten Rechtswidrigkeit ein [297]). Er suchte in seinem Aufsatze „Die Krise der Rechtswidrigkeitslehre" [298]) noch einmal die Richtigkeit der Sauer'schen Lehre zu stützen. Mezger betonte dann 1931 im Lehrbuch erneut die Eigenschaft des Tatbestandes als Geltungs- und Realgrund (ratio essendi) der Rechtswidrigkeit [299]) und wies die Behauptung Eberhard Schmidt's [300]), seine Auffassung bedeute einen Rückfall in die Theorie der negativen Tatbestandsmerkmale, zurück [301]).

Eberhard Schmidt hat dann zwar in der 26. Aufl. des Liszt'schen Lehrbuches [302]) grundsätzlich an seiner Auffassung, daß die Tatbestandsmäßigkeit die „erste Etappe auf dem Wege zur Erkenntnis der Rechtswidrigkeit" sei, daß sie in diesem Sinne „ratio cognoscendi" für die Rechtswidrigkeit der konkret abzuurteilenden Handlung sei, festgehalten. Aber er hält es nunmehr lediglich für eine andere Betrachtungsweise, wenn man gegenüber einer als rechtswidrig festgestellten Handlung frage, aus welchen Elementen sich das Rechtswidrigkeitsurteil aufbaue. Er gibt zu, daß man von diesem Standpunkt aus die Tatbestandsmäßigkeit als ratio essendi der Rechtswidrigkeit auffassen könne. Claß faßt die Entwicklung in dem Satze zusammen: „Der Tatbestand ist nicht mehr hilfsweises ‚Indiz' vermutbarer Rechtswidrigkeit, nicht bloß ratio cognoscendi, sondern in unmittelbarem Ausdruck ratio essendi der Rechtswidrigkeit, die Tatbestandsmäßigkeit macht die ihr unterfallende Handlung zur rechtswidrigen selbst, sie stellt spezifisches Unrecht in direkter Form dar" [303]).

Der Tatbestand wird also nicht mehr als wertfrei betrachtet, seine Kennzeichnung als Indiz der Rechtswidrigkeit abgelehnt [304]).

Die Lehre vom Indiz stellt zunächst fest, ob ein Verhalten tatbestandsmäßig ist. In einem weiteren Verfahren wird dann erst untersucht, ob eine tatbestandsmäßige Handlung außerdem noch rechtswidrig sei. Diese weitere Untersuchung erstreckt sich aber lediglich auf die Frage, ob ein (gesetzter oder ungesetzter) Rechtfertigungsgrund vorliegt. Liegt ein solcher nicht vor, so wird ohne weiteres Hinzutun die ursprünglich wert-

---

296) Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, S. 10, 11.
297) Von Sauer vertreten in ZStW. 36, S. 468 (1915!), sodann in Grundl., S. 307.
298) ZStW. 48, S. 39 ff.
299) S. 182.
300) Liszt-Schmidt 25. Aufl., S. 176, Anm. 3.
301) vgl. Mezger, S. 183/84.
302) S. 185, Anm. 14.
303) vgl. S. 146. In Anm. 244 auf S. 209 gibt Claß eine Übersicht der Anhänger dieser Auffassung. Zustimmend auch Sieverts, S. 117, Anm. 100.
304) Wolter (S. 39 a.a.O.) nennt sogar die Lehre vom Indiz „nur eine täuschende Übertünchung des wahren Wirklichkeitskernes".

freie tatbestandsmäßige Handlung als rechtswidrig bewertet. Ein Verhalten ist damit insofern rechtswidrig, als es nicht gerechtfertigt ist. Mit Recht weist Wolter darauf hin, daß es dem Sprachgebrauch Gewalt antue, von der Rechtfertigung einer wertfreien Handlung zu sprechen [305]). Gerechtfertigt werden kann eben nur eine vorher als rechtswidrig bewertete Handlung. Will man aber bei der Wertfreiheit des Tatbestandes bleiben, so darf man bei dem Fehlen eines Rechtfertigungsgrundes nicht ohne weiteres die Rechtswidrigkeit als gegeben ansehen, sondern man muß dann schon die Konsequenzen ziehen und an Hand eines übergesetzlichen Maßstabes im Einzelfalle prüfen, ob Rechtswidrigkeit gegeben ist. Diese logische Folgerung wagte aber niemand zu ziehen. Man machte sich damit eines Widerspruches schuldig [306]).

Ein Widerspruch wird jedoch vermieden, wenn man den Tatbestand als den Träger der strafrechtlichen Unrechtsbewertung ansieht. Mit dieser Auffassung kommt man weder in bedenkliche Nähe des verhängnisvollen Begriffes der doppelten Rechtswidrigkeit, wie dies besonders Heinitz [307]) glaubt, noch erleidet die Klarheit des Aufbaus und die praktische Verwertbarkeit eines solchen Tatbestandsbegriffes gegenüber der Liszt-Beling-Mayer'schen Systembildung irgend eine Einbuße. Gerade dadurch, daß, wie wir noch sehen werden, die Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit auf dem Gebiete der Rechtfertigungsgründe ihre praktische Bewährung fand [308]), können die Tatbestände des positiven Rechts als Grundlage des Unrechts verwendet werden, ebenso wie umgekehrt die Rechtfertigungsgründe die Grundlage der Rechtmäßigkeit bilden. Schwierigkeiten bereitet lediglich die Frage der Rechtfertigung eines tatbestandsmäßigen Verhaltens. Doch auch diese Schwierigkeiten, die von den meisten mit dem bekannten Regel-Ausnahme-Kunstgriff bewältigt werden, entfallen völlig, wenn man die in den Tatbeständen sich darstellende Vertypung der Rechtswidrigkeit richtig durchdenkt.

Mit dem Regelausnahmebegriff kann man zwar auch arbeiten. Er bedeutet jedoch lediglich ein technisches Hilfsmittel, das in der Rechtsidee keinen Platz hat, während der richtig verstandene Begriff der Vertypung über seinen technischen Wert hinaus auch in der Rechtstheorie anwendbar ist.

Die Methode des Regelausnahmeverfahrens mag zunächst kurz aufgezeigt werden. Das Vorliegen der Ausnahme, eines Rechtfertigungsgrundes besagt nicht, daß die tatbestandsmäßige Handlung zunächst „an sich rechtswidrig“ [309]) sei, daß diese Rechtswidrigkeit aber ausnahmsweise

---

305) a.a.O.

306) Für die praktische Rechtsanwendung war dieser Widerspruch ohne Bedeutung, da der Streit lediglich theoretischen Wert besitzt. Ebenso Sieverts, S. 117, Anm. 100 unten und v. Gemmingen, S. 71: „Diese theoretisch falsche Auffassung ist praktisch unschädlich. Denn kein Richter wird mit seinem Gewissen vereinbaren können, zu verurteilen, wenn er nicht davon durchdrungen ist, daß etwas rechtlich Verbotenes geschehen ist“.

307) S. 23/24.

308) vgl. dazu Claß, S. 143 ff.

309) So Hofacker, ZStW. 43, S. 649.

entfalle. Eine durch einen Rechtfertigungsgrund gedeckte, konkret tatbestandsmäßige Handlung ist vielmehr von vornherein rechtmäßig. Genau so rechtmäßig wie ein Verhalten, das überhaupt nicht unter die Regel, den Tatbestand, fällt. Es stehen sich nicht Norm und Gegennorm gegenüber, es handelt sich lediglich um eine Darstellungsform ohne irgendwelchen sachlichen Inhalt [310]).

Die Wissenschaft und Gesetzgebung kann eben bei höherer Entwicklung die Fülle der Lebenserscheinungen nicht mehr kasuistisch regeln, sie muß die vielen Einzelfälle durch allgemeine Begriffe umfassen. Besondere Bedürfnisse des Einzelfalles, die von dem allgemeinen Begriff nicht erfaßt werden, müssen dann eben als Ausnahme von der Regel erfaßt werden. Die Regel ist für diese Sonderfälle zu weit gezogen und muß durch die Ausnahme wieder eingeengt werden [311]).

Wesentlich verschieden von diesem Regelausnahme-Verhältnis ist der Begriff der Vertypung, wie er von Sauer begründet und von Wolter scharf herausgearbeitet worden ist.

Der Tatbestand ist für Sauer [312]) ein konkreter Niederschlag der Rechtswidrigkeit. Die Tatbestände sind ein Abbild der Rechtswidrigkeit und zwar ein solches in vergröberten Zügen; sie sind die typisch ausgestaltete, die vertypte Rechtswidrigkeit. Bei der Aufstellung der einzelnen Typen muß aber der Gesetzgeber generalisieren und schematisieren. Er muß die individuellen Besonderheiten notwendigerweise wegfallen lassen. Die Folge ist, daß die Typisierung einmal zu weit gehen kann, oder auf der anderen Seite einmal nicht weit genug gehen kann. Mit anderen Worten: Es gibt Fälle, die tatbestandsmäßig, aber nicht rechtswidrig sind, und wieder andere, die umgekehrt rechtswidrig, aber nicht tatbestandsmäßig sind. Diese Tatsache ist nicht die Folge eines Fehlers des Gesetzgebers, sie ist vielmehr begründet in der sich aus dem generellen Charakter der Tatbestände notwendig ergebenden Unvollkommenheit. Deshalb kann auch die Summe der Tatbestände niemals die Rechtswidrigkeit ergeben. Das wäre nur möglich, wenn sich die Tatbestände als Spezialisierung der Rechtswidrigkeit darstellten [313]). In Vertypungen kann jedoch die Rechtswidrigkeit nicht restlos ausgeprägt werden.

Vertypt wird aber nicht nur die materielle Rechtswidrigkeit, sondern auch die materielle Rechtmäßigkeit (in den gesetzlich formulierten Rechtfertigungsgründen). Wenn nun bei Verwirklichung eines Tatbestandes zugleich die Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes gegeben sind,

---

310) So Nathan, S. 2, Anm., Wegner ZStW. 44, S. 683, v. Hippel II, S. 189/90, Wolter, ZStW. 48, S. 41, 45 ff., Mezger, S. 184, Liszt-Schmidt, S. 177, insbesondere Anm. 9 (25. Aufl.), in 26. Aufl., S. 186.

311) vgl. dazu insbesondere Kohlrausch, Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht, 1903, S. 62/63. Wolter sieht (S. 41 a.a.O.) im Anschluß an Vaihinger, Die Philosophie des Als Ob 1911, bes. S. 94 ff., in diesem Regelausnahme-Begriff eine Fiktion, und zwar eine sog. Semifiktion: Die „Regel" ist infolge ihrer abstrakten Formulierung wesensnotwendig korrekturbedürftig. Die Korrektur wird vorgenommen durch die Rechtfertigung.

312) vgl. Grundl., S. 293 ff.

313) vgl. Grundzüge, S. 312.

so stehen sich nur scheinbar zwei Typen mit umgekehrtem Vorzeichen gegenüber. In Wirklichkeit ist aber nur eine einzige Vertypung gegeben: nämlich die vertypte Rechtmäßigkeit. Unter die scheinbar vorhandene vertypte Rechtswidrigkeit fällt der Fall von vornherein überhaupt nicht. Die Vertypung braucht deshalb nicht, wie die Regel, korrigiert zu werden; sie bedeutet begriffsnotwendig eine nur unvollständige Abbildung der Rechtswidrigkeit, sodaß im Typus „Rechtswidrigkeit" materielle Rechtmäßigkeit mitenthalten ist. Diese im Typus „Rechtswidrigkeit" infolge der Vergröberung eingeschlossene Rechtmäßigkeit kann ihrerseits wieder vertypt sein (z. B. Notwehr) oder auch nicht (z. B. übergesetzlicher rechtfertigender Notstand).

Umgekehrt ist im Typus „Rechtmäßigkeit" auch materiell Rechtswidriges enthalten. Es kann eine Handlung tatbestandsmäßig gerechtfertigt und trotzdem rechtswidrig sein (Notwehr gegen provozierten Angriff).

Bildlich gesprochen schneidet der Typus „Rechtswidrigkeit" die beiden konzentrischen Kreise „materielle Rechtmäßigkeit" und „vertypte Rechtmäßigkeit" (Gesetzlich formulierte Rechtfertigungsgründe).

Der Unterschied dieser Auffassung zu der von der „Regel und Ausnahme" ist durchaus nicht, wie man meinen könnte, nur ein terminologischer. Zwar kann man sagen, daß auch die Ausnahme schon in der Regel enthalten sei und von ihr mit umschlossen werde. Damit wäre aber nur für die Rechtstechnik eine Übereinstimmung der beiden Auffassungen erzielt. Der wesentliche Unterschied zwischen dem Begriff der Vertypung und dem von der „Regel-Ausnahme" ergibt sich erst, wenn das Verhältnis beider zur Rechtswidrigkeit in Frage steht. Die Vertypung ist eine Ausstrahlung des Wesens der Rechtswidrigkeit, während der in der Rechtsdogmatik übliche Begriff von Regel und Ausnahme sich nicht über die Niederungen der Rechtstechnik zu erheben vermag. Wolter drückt diese Abhängigkeit vom übergesetzlichen Rechtsbegriff so aus: „Im Erkenntnisproblem polarisiert der Rechtsbegriff nach dem einen Ende als Rechtmäßigkeit, nach dem anderen als Rechtswidrigkeit, im realen Begriff tritt das Recht als Vertypung auf, im negativen Typus ist auch Rechtmäßigkeit enthalten, im positiven auch die Rechtswidrigkeit und zwar vertypt oder nicht vertypt" [314]).

---

314) S. 43 a.a.O. Gemmingens Untersuchungen über das Verhältnis von Rechtswidrigkeit zur Tatbestandsmäßigkeit (Rechtswidrigkeit des Versuchs, S. 69 f.) kommen zu demselben Ergebnis. Gemmingen teilt zur Klärung der Frage ein in drei Betrachtungsebenen, nämlich 1. die der abstrakten Rechtssatzanalyse, 2. die der Subsumstionstechnik, 3. die des prozessualen Beweisrechtes.

In der abstrakten Sphäre (1.) ist die Tatbestandsmäßigkeit eine Art der Gattung Rechtswidrigkeit. In der konkreten Sphäre der Subsumtionstechnik (2.), stehen „die Bereiche rechtswidrigen und tatbestandsmäßigen Verhaltens in der logischen Beziehung zweier sich schneidender Kreise" (70). In der dritten Sphäre der Beweiserhebung kommt er zu dem Ergebnis: „Der Richter darf sich mit Feststellung der die Tatbestandsmäßigkeit konstituierenden Tatsachen begnügen, wenn er imstande ist — im Wege der freien Beweiswürdi-

Die Auffassung des Tatbestandes als Vertypung der Rechtswidrigkeit hat mithin gegenüber dem Regel-Ausnahmeverhältnis einen doppelten Vorteil.

Einmal wird der in der Gegenüberstellung von Regel und Ausnahme sich ausdrückende Dualismus überwunden und an seine Stelle ein einheitlicher Begriff gesetzt. Denn der Vertypung gegenüber gibt es keine Ausnahme.

Der zweite und wichtigere Vorzug der Typenbildung ist aber der, daß die Gegenüberstellung von formeller und materieller Rechtswidrigkeit überflüssig wird. Für das dogmatisch-technische Denken ist mit der Verwirklichung des Tatbestandes die formelle Rechtswidrigkeit gegeben, die ausnahmsweise durch Rechtfertigungsgründe materiell richtig gestellt werden kann. Gerade dadurch wird der einheitliche Begriff der Rechtswidrigkeit aufgespalten in formelle und materielle Rechtswidrigkeit. Die Typenlehre jedoch braucht mit dem Begriff der formellen Rechtswidrigkeit nicht zu arbeiten. Sie erfaßt die Verwirklichung eines Tatbestandes unmittelbar als Realisierung der vertypten Rechtswidrigkeit (nämlich der materiellen), wobei es eben schon einbegriffen ist, daß ein — vertypter oder nicht vertypter — Rechtfertigungsgrund nicht vorliegt. Der Weg zum Erkenntnisproblem, der durch den Begriff der formellen Rechtswidrigkeit versperrt wird, ist durch den Begriff der Vertypung unmittelbar gegeben [315]).

---

gung — aus ihnen auf das Vorliegen der konkreten Rechtswidrigkeit zu schließen". (72).

Völlig zustimmend nunmehr auch Sieverts, S. 113/14: „Denn mit der Aufstellung des Tatbestandes vollzieht der Gesetzgeber nur erst eine generalisierende Rechtswidrigkeitserklärung für Handlungen dieser Art. Er hat dabei bloß die Handlungen in ihrer abstrakten Typik im Auge, aber noch nicht das konkrete Verhalten, das in seiner Individualität trotz Erfüllung der Merkmale eines Tatbestandes rechtmäßig sein kann." Ebenso S. 129: „Aber diese in der Tatbestandsbildung vollzogene generelle Unwertkonkretion schießt oft über das Ziel hinaus. Sie erfaßt nicht die Fälle, bei denen ein menschliches Verhalten zwar in seiner Typik einem strafgesetzlichen Tatbestand subsumierbar ist, aber darüber hinaus in seiner individuellen Einmaligkeit Umstände aufweist, die es als rechtmäßig, d. h. als im Einklang mit den Zwecksetzungen des geltenden Rechtes stehend erscheinen lassen".

315) Es ist das große Verdienst Wolters, das Wesen der Vertypung noch einmal scharf hervorgehoben und damit die Sauer'sche Auffassung weiter geklärt zu haben. Sauer selbst läßt nämlich insofern noch die letzte Klarheit vermissen, als er für die Dogmatik des Strafrechts den Begriff der formellen Rechtswidrigkeit gutheißt und damit indirekt auch dem Regelausnahme-Verhältnis noch einen Zugang schafft (vgl. Grdl., S. 319 und 403).

Wolter weist ferner die Angriffe zurück, die von Nathan, Wegner und Heinitz gegen Sauers Lehre gerichtet worden sind. Gegenüber Heinitz, der die Sauer'sche Auffassung als „in bedenklicher Nähe des verhängnisvollen Begriffes der doppelten Rechtswidrigkeit" befindlich (S. 23/24) ansieht, betont er nachdrücklich, daß gerade Sauer nur einen einheitlichen Begriff der Rechtswidrigkeit kennt und daß die Auffassung von Heinitz ein vollständiges Mißverstehen des Systems Sauers bedeute. Gegenüber Nathan und Wegner, die Sauer vorwerfen, er vermenge Erkenntnisproblem und technische Regelung,

D. Die Systematik der Rechtfertigungsgründe im bisherigen Recht.

Die Fülle der Rechtfertigungsgründe [316]) — insbesondere der gesetzlich nicht geregelten — machte ihre Zusammenfassung nach einheitlichen Gesichtspunkten unerläßlich. Die Versuche einer Systematisierung sind mannigfaltig. M. E. Mayer [317]) teilte ein in

1. Bekämpfung des Unrechts. (In diese Rubrik werden eingeordnet die Handlungen der Staatsorgane innerhalb der Grenzen der Amts- oder Dienstpflicht, die Notwehr und die Selbsthilfe).

2. Wahrung berechtigter Interessen. (Hier ist der allgemeine Gesichtspunkt maßgebend, ob das Interesse und die Art seiner Wahrung von einer staatlich anerkannten Kulturnorm gebilligt werde. Unter den Begriff der „staatsfreien Sphäre" werden anschließend die Verletzung des Einwilligenden, die Heilung des Widerstrebenden und schließlich die Züchtigungsrechte erörtert).

3. Privilegien. (Diese Gruppe enthält alle übrigen Fälle wie z. B. Konzession des Bordellbetriebes und wahrheitsgetreue Parlamentsberichterstattung).

Mayers Einteilung hat die Grundlage zu weiterer fruchtbarer Arbeit abgegeben. Es muß zugegeben werden, daß sie als erste eingehendere Ordnung der Rechtfertigungsgründe durch ihre weitgehende Vereinfachung auf drei Gruppen eine große Linie zeigt. Auf ihre Mängel wies bald Sauer hin [318]): Die Unterscheidungsmerkmale der beiden ersten Gruppen gehen ineinander über; denn auch Notwehr und Selbsthilfe dienen nicht allein zur Bekämpfung des Unrechts, sondern ebenso, wenn nicht in vielleicht noch höherem Maße, der Wahrnehmung berechtigter Interessen. Für die Gruppe der „Privilegien" jedoch ist ein innerer Grund nicht angeführt, abgesehen davon, daß Mayer das Wort nicht im gewöhnlichen Sprachsinne (Bevorrechtigung bestimmter Personen) verwendet.

Sauer verlangt klar und scharf als wesentliches Kriterium für den systematischen Aufbau der Rechtfertigungsgründe, „daß sie ihren Sinn, ihre Bedeutung, ihre legislatorische Berechtigung aus dem Wesen der Rechtswidrigkeit herleiten" [319]). Die gesetzlich ausdrücklich geregelten

---

weist er unter Bezugnahme auf Sauers eigene Ausführungen in ZStW. 42, S. 585—599 darauf hin, daß Sauer nicht vermengt, sondern „verbindet". vgl. auch noch Lobe, Leipz. Komm. 1933, S. 27/28: „Es bedeutet nicht eine Ausnahme von einer an sich weitergreifenden Regel, sondern als Verneinung der Rechtswidrigkeit die Bejahung der Rechtmäßigkeit. Es wird allein der Umfang der Rechtswidrigkeit begrenzt. Nicht besteht etwa eine Praesumtion für die Rechtswidrigkeit, wenn die sogenannten Ausnahmen nicht feststellbar sind".

316) Die vielen praktischen Fälle, die gebieterisch eine übergesetzliche Rechtfertigung verlangen, sind sehr schön zusammengestellt in den Übersichten von Heinitz S. 27 ff. und von Bergenroth, S. 29 ff.

317) Lehrbuch, S. 274 ff.

318) Grundlagen, S. 321 Anm. 1.

319) Seite 320.

Fälle scheidet er ab, weil bei ihnen der Gesetzgeber die Frage der Rechtmäßigkeit entschieden und damit dem Richter die schwierige Prüfung abgenommen hat. In einer zweiten Gruppe werden die Fälle behandelt, in denen der Gesetzgeber dem Rechtsanwendenden die Entscheidung nach der „Idee der Rechtmäßigkeit“ [320]) überlassen hat. In einer dritten Gruppe folgen die Fälle, in denen das Gesetz sich jeder Regelung enthalten hat, Rechtfertigungsgründe sich aber aus dem Geiste der Gesamtrechtsordnung ergeben. Er gelangt damit zu folgender Einteilung:

1. Gesetzlich ausdrücklich erlaubte oder gebotene Handlungen (Notwehr, Selbsthilfe, Erfüllung von Amts- und Dienstpflichten, in Ausführung von Befugnissen begangene Handlungen, Befehl des Vorgesetzten, wahrheitsgetreue Parlamentsberichterstattung).

2. Ausdrücklicher Hinweis des Gesetzes auf das Prinzip [321]) (Notrecht, Rechts-, Pflichten- und Interessenkollisionen, Wahrung berechtigter Interessen).

3. Stillschweigender Hinweis auf das Prinzip [322]) (Einwilligung, ärztlicher Eingriff und verwandte Handlungen, Experiment, Tierversuch).

Sauers Einteilungsgrundsätze, die aus einem einheitlichen Gesichtspunkt abgeleitet sind, bringen einen theoretisch wie praktisch einwandfreien Aufbau. Die einzelnen Rechtfertigungsgründe ordnen sich zwanglos den drei Gruppen ein. Jede schematische Aneinanderreihung ist vermieden. Ein wichtiger Unterschied zwischen Mayer und Sauer ist der, daß Mayer die allgemeinen Grundsätze auf alle Rechtfertigungsgründe — im Gesetz geregelte und nicht geregelte — anwendet, während Sauer die gesetzlichen Rechtfertigungsgründe abscheidet, wenn sie auch grundsätzlich aus dem allgemeinen Prinzip heraus begriffen werden. Dieser Unterschied wird sich auch bei den folgenden Systembildungen zeigen. Dohna und Heinitz behandeln wie Sauer die gesetzlich geregelten Rechtfertigungsgründe gesondert, während Nathan und Mezger wieder alle unter einem grundlegenden Prinzip erfassen. Bei der Schwierigkeit der Unrechtsfeststellung außerhalb der gesetzlich geregelten Fälle im bisherigen Strafrecht war die Sauersche Methode praktisch zweckmäßig. Theoretisch einwandfreier und abgerundeter ist allerdings die Systematik dann, wenn auch die gesetzlich geregelten Fälle in den einzelnen Einteilungsgruppen aufgeführt werden.

Eine ganz formale, auf den Gedankengängen der liberalen Staatslehre aufbauende Einteilung gibt Nathan. Er unterscheidet zwischen der rein-staatlichen Sphäre, der relativ-staatsfreien Sphäre und der absolutstaatsfreien Sphäre. Er schlägt zur Feststellung der Rechtswidrigkeit einer Handlung folgendes Verfahren vor [323]):

1. Läßt sich in dem gesetzlichen Tatbestand ein Interesse des Staates an der Erhaltung von Staatsgebiet, Staatsmacht, oder Staatsvolk er-

320) Seite 324.
321) Die Entwicklung des Prinzips ist oben erfolgt, vgl. Seite 36 ff.
322) Vgl. Grundlagen, Inhaltsverzeichnis S. 12.
323) Seite 26.

kennen? Bei der Bejahung der Frage haben wir es mit der rein-staatlichen oder der relativ-staatsfreien Sphäre zu tun, bei Verneinung mit der absolut-staatsfreien Sphäre.

2. Hat die konkrete Handlung die feindliche Richtung gegen das geschützte, vorher abstrakt aus dem gesetzlichen Tatbestand festgestellte Interesse? Diese Frage wird eingeteilt in die Unterfragen:

a) Ist das abstrakt festgestellte Interesse im konkreten Fall vorhanden?

b) Hat die konkrete Handlung die Richtung gegen das Interesse?

Bei Bejahung beider Fragen ist die Handlung rechtswidrig. Bei Verneinung einer von beiden ist die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen. Die grundlegenden Gesichtspunkte der Systematik sind dementsprechend: der Wegfall des schutzwürdigen Interesses und der Wegfall der feindlichen Richtung gegen das bestehende schutzwürdige Interesse. Damit sind aus dem Gedanken des Interesses zwei Einteilungsgrundsätze gewonnen, die uns in ähnlicher Weise bei der Mezgerschen Systematik begegnen, der zu den beiden Prinzipien des mangelnden und des überwiegenden Interesses gelangt ist.

Vor der Darstellung Mezgers seien jedoch noch Dohna und Heinitz erwähnt. Dohna [324]) teilt ein in sechs große Gruppen:

1. Die Erfüllung einer Rechtspflicht ist niemals rechtswidrig.

2. Die Ausübung eines Rechts ist niemals rechtswidrig.

3. Von zwei kollidierenden Interessen darf das höherwertige auf Kosten des minderwertigen behauptet werden.

4. Eine Handlung, welche der Erhaltung eines Rechtsgutes dient, kann nicht zugleich der Norm widerstreiten, die dieses Rechtsgut zu schützen bestimmt ist.

5. Die Anwendung des angemessenen Mittels zur Erzielung eines von der Rechtsordnung anerkannten Zweckes kann nicht rechtswidrig sein.

6. Die Einwilligung des Verletzten schließt die Rechtswidrigkeit der Verletzung aus, soweit diese Einwilligung nicht gegen die guten Sitten verstößt.

Diese Aufstellung ist für die Lösung eines praktischen Falles von erheblichem Wert. Sie vereinigt in Form einer Tabelle alle wesentlichen Gesichtspunkte. Der Mangel besteht darin, daß die einzelnen Gruppen nur rein äußerlich aneinandergereiht sind und auch vielfach ineinander übergehen. So sind die Gruppen 3 und 4, worauf Dohna selbst hinweist, in der Gruppe 5 enthalten. Heinitz [325]) weist darauf hin, daß trotz der Verschiedenheit der allgemeinen Prinzipien bei den bisherigen Bemühungen eine weitgehende Übereinstimmung in den Einzelfragen und abgeleiteten Grundsätzen besteht. Er billigt diese Entwicklung, weil er die

324) Recht und Irrtum, 1925.
325) Seite 115 ff.

Spezialisierung und Typisierung der einzelnen Grundsätze für wichtiger hält als die logisch einwandfreie Zusammenfassung unter einem notwendigerweise sehr allgemein gehaltenen Obersatz. Er gibt jedoch zu, daß gerade die Zusammenfassung es ermöglicht, neuauftauchende Rechtfertigungsgründe an die richtige Stelle einzuordnen und damit ihr Wesen zu erfassen.

Er scheidet wie Sauer und Dohna die gesetzlich geregelten Fälle ab und sagt: Die Rechtswidrigkeit ist dann ausgeschlossen, wenn ein Satz des bürgerlichen oder öffentlichen Rechts die betreffende Handlung gebietet oder erlaubt [326]). Als allgemeinsten Ausdruck der übrigen Fälle nimmt er den Satz v. Liszt's, daß diejenigen Eingriffe in rechtlich geschützte Interessen erlaubt seien, die sich als angemessenes Mittel zur Erreichung eines staatlich anerkannten Zweckes darstellen. Angemessen ist für ihn ein Mittel dann, wenn es „dem Recht nicht widersprechend, nach den herrschenden Kulturanschauungen in dieser Lage richtig ist" [327]). Als weitere Unterteilung nimmt er die Mezgerschen Prinzipien des mangelnden und überwiegenden Interesses, die nunmehr näher betrachtet werden sollen.

Mezger hatte seine Grundsätze schon in der so bahnbrechenden Arbeit über die subjektiven Unrechtselemente [328]) herausgearbeitet und dann im Lehrbuch in einer bestechenden Systematik aller Rechtfertigungsgründe durchgeführt. Wir zeigen im folgenden die Mezger'sche Einteilung. Auf die nähere Ausführung der einzelnen Rechtfertigungsgründe und die Fülle der hier vorhandenen Streitfragen (z. B. bei der Einwilligung, der mutmaßlichen Einwilligung, der Züchtigungsbefugnis und der Heilbehandlung) ist nicht einzugehen. Denn wir werden im nächsten Hauptteil sehen, daß der nationalsozialistische Gesetzgeber all diesen Streitfragen durch eine umfassende Neuregelung den Boden entziehen wird. Die Unterschiede der neuen Bestimmungen zu den Begriffen des alten Rechts werden dort im einzelnen aufgezeigt.

Vor der Aufführung des Mezgerschen Systems müssen wir jedoch noch kurz eingehen auf das Wesen des Begriffes „Interesse", in dem Mezger den materiellen Unrechtsgehalt erblickt. Dazu ist eine kurze Erörterung des Rechtsgutsbegriffes notwendig.

Der erste, der im Verbrechen die Verletzung eines Gutes sah, war Birnbaum [329]). Er bekämpfte die insbesondere von Feuerbach [330]) vertretene Auffassung des Verbrechens als Verletzung subjektiver Rechte, weil es sehr viele strafrechtlich geschützte Interessen gibt, denen keine subjektiven Rechte entsprechen (Hoch- und Landesverrat, Verbrechen gegen Leben, Freiheit und Ehre, Sittlichkeitsdelikte, Tierquälerei) [331]).

---

326) Heinitz verweist auf die entsprechende Vorschrift des Entwurfs 1925 (§ 20). Auch der Entwurf 1927 enthielt in seinem § 23 eine solche Bestimmung.

327) Seite 117.

328) G. S. 89/270 ff.

329) Arch. d. Krim. R. 1834, S. 149 ff.

330) Lehrbuch §§ 21—23.

331) Vgl. dazu v. Hippel I S. 11 in und bei Anm. 4, ferner Anm. 5 ebendort, ferner Mezger, Lehrbuch S. 197 in und bei Anm. 2.

Diese Auffassung wurde bald von Hälschner, Merkel und Binding übernommen und allgemein anerkannt[332]).

Der Rechtsgutsbegriff wurde im Verlaufe der weiteren Entwicklung weitgehend abstrahiert und schließlich erfaßt als „diejenige kategoriale Synthese, mit welcher juristisches Denken Sinn und Zweck der einzelnen Strafrechtssätze in komprimierter Form zu erfassen bestrebt ist“[333]).

Damit wurde der Begriff nicht mehr allein in realem, naturwissenschaftlichem Sinne verstanden, sondern auch als Wertbegriff[334]).

Statt des Wortes „Rechtsgut“ wird für denselben Inhalt vielfach auch der Ausdruck „Interesse“ gebraucht, ohne daß ein sachlicher Unterschied bezeichnet werden soll[335]).

Eine kleine Nuance ergibt sich lediglich dadurch, daß bei dem Wort „Interesse“ ausgegangen wird von dem Subjekt, das die Wertung vornimmt, während bei dem Ausdruck „Rechtsgut“ der Schwerpunkt auf den Gütern liegt, die das Ergebnis jener Wertung seitens des Wertungssubjektes sind[336]). Der Interessebegriff kann allerdings sehr leicht naturalistisch als individual-psychischer Zustand aufgefaßt werden, wie dies in in der Tat Hertz[337]) und Keßler[338]) getan haben.

In der Fassung als „generelles Durchschnittsinteresse“[339]) ist diese Gefahr vermieden[340]). Das „mangelnde“ und das „überwiegende Inter-

332) Vgl. v. Hippel, a.a.O. Anm. 6 mit näheren Lit. Angaben, ferner Mezger, Lehrb. S. 200 Anm. 9.

333) Vgl. Honig, Einwilligung S. 29, 64, 94, und Mezger, a.a.O.

334) Vgl. dazu Sieverts S. 120: „Mit dem Begriff ‚Rechtsgut‘ wird also das erste Bindeglied zwischen der rechtlichen Wertwelt und der rechtsfreien Seinswelt gemeint. ‚Rechtsgut‘ ist der Ausdruck für die erste begriffliche Umformung, welche ein reales Sein in Beziehung auf Rechtswerte erfährt, und ebendort: „Rechtsgut ist diejenige Kategorie, die es uns erst ermöglicht, das Recht in seiner empirisch gegebenen Wirklichkeit unter spezifisch juristischen Gesichtspunkten sprachlich zu erfassen und vor allem in seiner eigentümlichen Strukturverschlingung von Seins- und Wertelementen gedanklich zu ordnen. Ferner Honig, Einwilligung, S. 94, der die Rechtsgüter „Abbreviaturen für die Zweckbestimmung der einzelnen Rechtssätze“ nennt. Vgl. weiter Grünhut, Festgabe für Frank I S. 8, Schwinge, Teleologische Begriffsbildung S. 31; Mezger a.a.O. und v. Liszt-Schmidt, S. 4 Anm. 1. Vgl. auch noch v. Gemmingen, Rechtswidrigkeit des Versuchs S. 34: „Der Rechtsgutsbegriff, einst als Ersatz für die alte Feuerbach'sche Definition des Unrechts als Verletzung subjektiver Rechte entwickelt, erblaßte zu einer bloßen Denkfigur im Dienste teleologischer Auslegungsversuche“.

335) A. M. lediglich Gerland G. S. 59/95 ff., und krit. Vierteljahresschrift 46 S. 44, ferner Keßler, G. S. 39/94 ff.

336) Vgl. dazu Sieverts S. 120; ferner Mezger S. 198/99; insbesondere S. 198 Anm. 4.

337) Das Unrecht und die allgemeinen Lehren des Strafrechts, S. 4, 20, 65.

338) Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung, S. 48, 50. — G. S. 38/571, und 40/593.

339) Mezger S. 199.

340) Sieverts (S. 121) allerdings ist der Auffassung, daß auch bei dieser Fassung die psychologische Betrachtungsweise mitschwingt, die nicht zum wirklichen Verständnis des „mit dem psychischen Wertungsakt verknüpften Wertes“ zu gelangen vermag. Er zieht es deshalb vor, vom Rechtsgut auszugehen.

esse" wurden damit eine geeignete Grundlage für die Systematik der Rechtfertigungsgründe. Alle Rechtfertigungsgründe konnten damit einheitlich erfaßt werden, wie wir es jetzt am Beispiele der Mezger'schen Systematik sehen werden.

Bei der Aufführung des Mezger'schen Systems sind die Einteilungsziffern geändert, weil die umfangreiche Erörterung der Einzelfragen mit ihren Unterteilungen im vorliegenden Falle wegfällt. Entsprechend sind die Ziffern der Paragraphen geändert.

A. Der Unrechtsausschluß nach dem Prinzip des mangelnden Interesses.

§ 1. Die Einwilligung des Verletzten.

I. Nicht rechtswidrig handelt der, in dessen Handlung der Träger des angegriffenen Rechtsgutes in wirksamer Weise einwilligt.

§ 2. Die mutmaßliche Einwilligung.

II. Nicht rechtswidrig handelt der, in dessen Handlung der Träger des angegriffenen Rechtsgutes in wirksamer Weise mutmaßlich einwilligt.

B. Der Unrechtsausschluß nach dem Prinzip des überwiegenden Interesses.

§ 3. Die besonderen Handlungspflichten.

I. Nicht rechtswidrig handelt, wer kraft amtlicher oder dienstlicher Stellung so handeln muß oder darf, wie er handelt.

II. Nicht rechtswidrig handelt, wer von der zuständigen Stelle in zulässiger Weise zu seinem Handeln ermächtigt ist.
1. Das Handeln mit behördlicher Erlaubnis.
2. Das Handeln auf bindenden Befehl.

III. Nicht rechtswidrig handelt, wer in rechtmäßiger Ausübung eines sogenannten Züchtigungsrechtes handelt.
1. Das Züchtigungsrecht aus familienrechtlichen Gründen.
2. Das allgemeine Züchtigungsrecht gegenüber fremden Kindern.

IV. Die sogenannte Pflichtenkollision.

§ 4. Die besonderen Handlungsrechte, insbesondere die Notrechte.

I. Not kennt kein Gebot.
1. Not schließt, soweit dies vom Recht anerkannt ist, das Unrecht der Handlung aus.
2. Auch die als unrechtsausschließend nicht anerkannte Not kann in bestimmten Fällen wenigstens die Schuld des Täters ausschließen.

II. Nicht rechtswidrig handelt, wer im zivilrechtlichen Notstand der §§ 228, 904 BGB handelt.

III. Nicht rechtswidrig handelt, wer in der Notwehr des § 53 StGB handelt.

IV. Nicht rechtswidrig handelt der, dessen Handlung durch ein sonstiges Recht gerechtfertigt ist.

§ 5. Das Güterabwägungsprinzip.

I. Nicht rechtswidrig handelt, wer ein geringerwertiges Rechtsgut verletzt oder gefährdet, wenn nur dadurch ein höherwertiges Rechtsgut gerettet werden kann.

II. Der Gedanke des Güterabwägungsprinzips ist entscheidend für die rechtliche Beurteilung der Heilbehandlung.

E. Zusammenfassung.

Nach der nunmehr erfolgten Herausarbeitung der für unser Problem wesentlichen wissenschaftlichen Lehren wollen wir, bevor wir mit den schwierigen Erörterungen über die Neugestaltung unserer Begriffe im neuen Strafrecht beginnen, uns noch einmal in kurzen Sätzen die Situation der Strafrechtswissenschaft im Rahmen unseres Problems vergegenwärtigen, wie sie zu Beginn der nationalsozialistischen Revolution gegeben war.

I. Der Positivismus war zum größten Teil überwunden. Die Wissenschaft hatte sich von dem aufklärerischen Gesetzesideal schon weitgehend entfernt. Die Auslegung der Gesetze bewegte sich nicht mehr in den engen Grenzen des Sprachgebrauchs, der Entstehungsgeschichte und des äußeren Zusammenhangs der Gesetze (grammatische, historische und systematische Auslegung). Das wissenschaftliche Erkenntnisverfahren suchte vielmehr über den Wortlaut des Gesetzes hinaus seinen Zweck zu ermitteln (teleologische Methode) [341]).

Von großer Bedeutung für diese Form der Auslegung war das dem betreffenden Tatbestand zugrundeliegende Rechtsgut. Der Rechtsgutsbegriff wurde zu einem der wichtigsten Grundbegriffe der ganzen wissenschaftlichen Arbeit. Er wurde der Angelpunkt, an dem sich die einzelnen Tatbestandsmerkmale in ihrem Sinngehalt ausrichteten.

Die Gesetzesauslegung blieb aber bei der Ermittlung des Zweckes des einzelnen Tatbestandes nicht stehen, sondern machte darüber hinausgehend den Zweck der gesamten Rechtsordnung überhaupt zu einer maßgebenden Richtlinie ihrer methodischen Arbeit [342]). Gerade bei der über-

---

341) Vgl. dazu Mezger, Lehrb. S. 79 ff., 200 ff.; Schwinge Teleol. Begriffsbildung S. 47 ff.; Grünhut, Frank Festgabe I S. 1 ff.; Siegert, Notstand S. 2; Hegler ZStW. XXXVI S. 20 ff.; Frank Festgabe I S. 270 ff. und Festgabe für Heck, Rümelin, R. Schmidt S. 234 ff.; Heck, Begriffsjurisprudenz S. 25 ff.; Dahm, Mon.Schr.f.Krim.Psych. 1931 S. 764 ff.

342) Vgl. Mezger, Lehrb. S. 81, der „vom immanenten Zweck des Rechts selbst" spricht.

gesetzlichen Rechtfertigung und Entschuldigung wurden diese Gedanken von besonderer Bedeutung (Güterabwägungsprinzip und Nichtzumutbarkeit).

Die rechtswissenschaftliche Begriffsbildung war damit nicht mehr bloß eine erkennende (kognitive), sondern wurde in zunehmendem Maße eine gestaltende (emotionale), die schöpferische Arbeit verlangte [343]).

II. Die Lehre von der Rechtswidrigkeit zeigte folgenden Stand: Einigkeit herrschte im großen und ganzen darüber, daß nur die objektive Rechtswidrigkeit geeignet sei, das Wesen des Unrechts theoretisch wie praktisch einwandfrei darzustellen. Lediglich die Frage nach der Fassung dieser objektiven Rechtswidrigkeit war streitig. Die Ansichten darüber kann man rückblickend in drei Gruppen zusammenfassen. Die Imperativentheorie sieht im Recht einen Inbegriff von Geboten und Verboten und damit die wesentliche Seite des Rechts in seiner Bestimmungsfunktion. Das Recht wurde in realpsychologischer Weise begriffen als ein Motiv, das in der Seele des einzelnen Individuums wirkte. Die reine Rechtslehre sah demgegenüber im Recht überhaupt keine Gebote, sondern hypothetische Urteile, die bei einem bestimmten Verhalten eine bestimmte Folge zeitigten. Sie sah also nur in der Bewertungsfunktion die begriffswesentliche Eigenschaft des Rechtes. Die dritte Auffassung vereinigt sozusagen die beiden ebengenannten Lehren: die primäre Aufgabe des Rechtes sah sie in der Bewertungsfunktion, seine sekundäre Aufgabe in der Bestimmungsfunktion, die allerdings auf den Bereich der Schuld beschränkt war.

Sie wurde die herrschende Lehre. Sie schien ohne logische Widersprüche mit den Tatsachen des positiven Rechtes fertig zu werden. Denn die Subjektivisten mußten, um den Erscheinungen des positiven Rechtes, die den Begriff der objektiven Rechtswidrigkeit notwendig voraussetzten, gerecht zu werden, in direktem Widerspruch zu allen Gesetzen der Logik behaupten, die Imperative richteten sich auch an die Zurechnungsunfähigen [344]).

Die Anhänger der reinen Rechtslehre jedoch sahen über die teleologischen und Seinsbestandteile des Rechtes hinweg und mißachteten damit völlig die historisch gegebene Wirklichkeit des Rechtes. Die Zuordnung der Rechtswidrigkeit zur Bewertungsnorm seitens der herrschenden Lehre schloß, wie wir sahen, nicht aus, daß auch das Innenleben des Täters betreffende Momente („täterpsychische Merkmale") zur Feststellung des Unwerturteils herangezogen wurden.

---

343) Vgl. Mezger, Lehrbuch S. 82 und S. 85 Anm. 20: „Damit ist gesagt, daß die juristische Begriffsbildung ein sehr verwickeltes und komplexes Gebilde ist: sie bewegt sich gleichzeitig in ganz verschiedenen Sphären. Sie ist gebunden an das geschichtlich gewordene Gesetz (historisches Element), sie muß das Leben der Gegenwart, auf das sie das Gesetz anwenden soll, in seinem ursächlichen Werden verstehen und in sich aufnehmen (kausales Element), und sie muß dieses Leben schöpferisch zu einem sozialen Wert gestalten (wertendes Element)".

344) So Bierling, Kritik der juristischen Grundbegriffe, III. Bd., S. 173 ff. und Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, S. 77 ff.

III. Die schon weit vorgeschrittene Überwindung des Positivismus bewirkte, daß die Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit sich immer mehr durchsetzte. Tief schürfende Untersuchungen hatten gerade auf diesem Gebiete energisch versucht, das Wesen des Unrechts aufzuzeigen. Zwar waren die von den einzelnen Autoren eingeschlagenen Wege und damit die allgemeinen Formulierungen sehr mannigfaltig. In den praktisch zu entscheidenden Einzelfragen herrschte jedoch völlige Übereinstimmung. Bei näherem Zusehen mußte man sogar erkennen, daß auch die Differenzen in den allgemeinen Formulierungen nicht so groß waren, wie es zunächst den Anschein hatte. Dies zeigte sich gerade bei der wesentlichsten Streitfrage, nämlich in dem Kampf zwischen der subjektiv-kritischen Methode und dem kulturellen Objektivismus. Der Streit war zum großen Teil ein terminologischer. Der „Subjektivismus" Sauers, Mezgers und Eberhard Schmidts wurde bekämpft mit dem Argument, daß er seine Rechtsfindung lediglich auf dem Rechtsgefühl aufbaue. In Wahrheit verwarf die subjektiv-kritische Methode gerade diesen Subjektivismus in schlechtem Sinne. Sie ließ alle die vorhandenen Wertungen, die der Objektivismus für richtig hielt, zunächst ebenfalls maßgebend sein. Sie machte sich allerdings darüber hinaus auch Gedanken über den methodischen Weg des Denkens bei der Rechtsfindung und erleichterte durch diese kritische Besinnung die richterliche Entscheidung[345]).

Selbst das Reichsgericht verließ den Boden des geschriebenen Rechtes und benutzte den Gedanken der Güterabwägung als materielles Rechtsergänzungsprinzip. Allerdings griff es bei der Feststellung des Wertverhältnisses der in Widerstreit stehenden Rechtsgüter gleich wieder auf das Gesetz zurück und schloß von der verschiedenen Höhe der angedrohten Strafen auf den Wert des in Frage stehenden Rechtsgutes. Dieses Verfahren war nicht einwandfrei, weil für die Höhe der im Gesetz angedrohten Strafe nicht allein der Wert der geschützten Rechtsgüter maßgebend ist, sondern auch Erwägungen strafökonomischer Art und Schuldgesichtspunkte[346]).

Und selbst wenn in einem Einzelfalle einmal tatsächlich die Strafhöhe nur auf Grund des Wertes des geschützten Rechtsgutes festgesetzt wäre, so ist damit ja nur eine generelle Bewertung gegeben, die von dem Wertverhältnis der Rechtsgüter im konkreten Einzelfall durchaus verschieden sein kann[347]).

---

345) Gerade dieser Streit gehört auch zu den vielen, die ihren Ursprung in terminologischen Mißverständnissen haben. Auch für ihn trifft die einleitende Bemerkung Sieverts (S. 3) zu: „Denn das ist wohl eine Überzeugung, die sich jedem aufdrängt, welcher die dogmatische Literatur aufmerksam durcharbeitet: Wenn man den Juristen den Zwang auferlegen könnte, das sachlich Gleiche gleich zu benennen: — ganze Bibliotheken würden zu Makulatur!"

346) Vgl. dazu Eberh. Schmidt, ZStW. 49/388; Zimmerl, Strafrechtl. Arbeitsmethode S. 277; Finger, G. S. 97/398; Festgabe für Rich. Schmidt I S. 46; Binding Handbuch S. 701; Sieverts S. 135.

347) Näheres dazu bei Binding, Handbuch S. 761; Sieverts S. 135; Finger, Festgabe für Rich. Schmidt I S. 44; Zimmerl, Strafrechtl. Arbeitsmethode S. 276 ff.

Diese Bedenken gegen die Methode des Reichsgerichts sind — das muß betont werden — nur geringfügig gegenüber der Tatsache, daß der höchste Gerichtshof in vorbildlicher Weise dem Gedanken der materiellen Rechtswidrigkeit bzw. Rechtmäßigkeit in seinen Entscheidungen Rechnung getragen hat.

Gerade die reichsgerichtlichen Entscheidungen führten zu einer neuen lebhaften Erörterung des Problems der materiellen Rechtswidrigkeit. Eberhard Schmidt zeigte, daß der Gedanke der Güterabwägung dem richtig gefaßten Grundsatz der Zwecktheorie einzuordnen ist. Seine Verbindung der Zwecktheorie mit dem Güterabwägungsprinzip fand immer mehr Zustimmung und kann als die Formulierung bezeichnet werden, die im Zeitpunkt der nationalsozialistischen Revolution die vorherrschende war.

Dritter Hauptteil.

Das Verhältnis von Unrecht, Tatbestand und Rechtfertigungsgrund im nationalsozialistischen Strafrecht.

A. Die Aufgabe.

Mit der Darstellung der Ergebnisse der bisherigen Wissenschaft ist uns der Stoff gegeben, dessen sich auch das nationalsozialistische Denken bei dem Aufbau seines Systems und der Entwicklung seiner Begriffe zu bedienen hat. Die Grundrichtung des neuen Rechtsdenkens war uns bereits ein Wegweiser, der uns in dem so ungeheuer angeschwollenen Schrifttum der Vergangenheit Richtung gab und uns davor bewahrte, in dem Gewirr der unendlichen Fülle der vertretenen Meinungen stecken zu bleiben. Wir haben den neuen Maßstab rein äußerlich an das wissenschaftliche Ringen der vergangenen Zeit angelegt, um innerhalb des bisherigen Rechtsdenkens eine gewisse Ordnung zu gewinnen. Nunmehr gilt es, in den wissenschaftlichen Kampf, der vielfach in einem hoffnungslosen Stellungs- und Kleinkrieg erstarrt war, mit neuen Kräften einzugreifen. Es erwächst uns die schwierige Aufgabe, aus der neuen Auffassung heraus neue Begriffe zu gestalten und mit ihnen den alten Stoff zu meistern. Denn der Stoff bleibt derselbe, die ewigen menschlichen Gegebenheiten bleiben sich gleich. Wir geben uns damit als Nationalsozialisten mit Möller van den Bruck[348]) Rechenschaft über die Dauer der Dinge „als ein Gesetz, welches über alle zeitlichen Veränderungen hinaus waltend in der Welt ist". Wir verfallen dann weder in den Fehler des reaktionären Denkens, das aus diesem Gesetz eine Gewöhnung macht, „von deren jeweiliger Äußerungsform es wünscht, daß sie niemals ende"[348]), noch in den Fehler des revolutionären Denkens im schlechten Sinne, „das an der Dauer der Dinge überhaupt vorbeisieht und nur ihren Umsturz als vermeintliches Weltgesetz gelten läßt"[348]). Sehr zu

---

348) Das Dritte Reich, S. 234.

Recht erklärt deshalb Freisler[349]), daß ein nationalsozialistisches Strafrecht gewiß nicht alles über Bord werfen wolle und dürfe, was war — und nur weil es war — und daß ein solches Strafrecht die Erfahrungen, die eine peinlich gewissenhafte Rechtsprechung und eine außerordentlich minutiös untersuchende Wissenschaft in Jahrzehnten gesammelt haben, nicht achtlos unverwertet lassen wolle und solle.

Gerade deshalb hüten wir uns aber auch vor der Annahme, daß die nationalsozialistische Auffassung genau das konträre Gegenteil der liberalen Weltanschauung sei und daß somit durch das Setzen von liberalem Denken genau entgegengesetzter Begriffe ein nationalsozialistisches Weltbild gefunden werden könnte[350]).

Wir könnten dann nur allzu leicht dazu gelangen, daß wir — wie es Höhn[351]) ausdrückt — „lediglich Akzent- und Schwergewichtsverschiebungen innerhalb der individualistischen Gedankenwelt" vornehmen und damit das wirkliche nationalsozialistische Rechtsdenken verfälschen.

Es genügt deshalb nicht, die bisher verwendeten Begriffe lediglich etwa umzukehren. Es muß vielmehr geprüft werden, ob ein anzuwendender Begriff als solcher heute überhaupt noch Berechtigung hat und ob er nicht gegebenenfalls durch einen völlig neuen zu ersetzen ist. Nur so können wir die hier zu bearbeitenden Fragen einer einwandfreien Lösung zuführen.

Wir haben oben[352]) schon die nationalsozialistische Auffassung vom Rechte kurz umrissen und das Recht erkannt als den natürlichen Ausdruck eines im Volke vorhandenen Rechtsgefühls und haben auch bereits darauf hingewiesen, daß es niemals allein auf rationalem Wege durch die abstrakte Vernunft ersonnen werden kann. Das Unrecht erscheint uns demgemäß heute als völkische Sittenwidrigkeit. Es wäre aber völlig verkehrt, nun zu glauben, daß man mit diesen so formulierten Erkenntnissen eine

---

349) Kommendes Strafrecht, 1. Aufl., S. 9; 2. Aufl., S. 11.

350) Vgl. auch Forsthoff, Der totale Staat, S. 10: „Der nationalsozialistische Staat ist nicht lediglich der Gegenstaat gegen den Staat des 19. Jahrhunderts und die Scheinordnung Weimarer Prägung. Er hat eigene Gestaltungsformen ohne unmittelbares geschichtliches Vorbild, wie auch der Nationalsozialismus eine originelle Schöpfung ohne ein solches Vorbild ist". Ganz in diesem Sinne auch Freisler, wenn er erklärt, daß das kommende Strafrecht „in erster Linie und deutlich erkennbar ein Spiegelbild des nationalsozialistischen deutschen Weltbildes sein muß". (a.a.O.). Zu einseitig dagegen Leibholz, Die Auflösung . . ., der auf S. 54 ausführt, daß jedes politische und wirtschaftliche System bei nicht mehr reibungslosem Funktionieren die Tendenz habe, das entgegengesetzte System aus sich herauszutreiben, und dann auf S. 55 feststellt, daß die der Weimarer Verfassung gegenüber oppositionell eingestellten großen Bewegungen „vom Staat des 20. Jahrhunderts ein Bild haben, das dem des 19. Jahrhunderts völlig entgegengesetzt ist". Zu einseitig deshalb, weil der Nationalsozialismus aus diesem Gegensatz allein nicht lebt und aufbaut.

351) Rechtsgemeinschaft und Volksgemeinschaft, S. 8.

352) Seite 8 ff. dieser Arbeit.

Patentlösung gefunden hätte, die uns aller Schwierigkeiten enthöbe und uns wie eine Zauberformel im Einzelfalle das richtige Recht zeigte [353]).

Ein solches Denken würde schon wegen der aus ihm sprechenden Trägheit und Bequemlichkeit dem nationalsozialistischen Geiste widersprechen. Denn dieser weiß, daß auch im Gebiete der Wissenschaft nur der stete Kampf und das heiße Bemühen fruchtbare Erkenntnisse bringen kann. Das Wissen um die rassische Bedingtheit des Rechtes wird uns dieses Kampfes niemals entheben. Denn einmal ist unser heute lebendes Volk rassisch nicht derart einheitlich, daß die gesunde Volksanschauung und die völkische Sittenwidrigkeit von jedem einzelnen Glied einwandfrei bestimmt werden kann. Erst kommenden Geschlechtern unseres Volkes wird die heutige Arbeit auf dem Gebiete der Rassenpflege zugute kommen. Erst sie werden durch Anlage und Erziehung zu einer derartigen Geschlossenheit gelangen, daß sich wie alle ihre Lebensäußerungen, so auch das Rechtsempfinden, zwanglos aus ihrer deutschen Art und ihrer Gliedschaft zum deutschen Volke ergibt. Aber auch dann wird die unendliche Mannigfaltigkeit der möglichen Mischungen der Charaktereigenschaften es verhindern, daß der Einzelfall nur aus dem Rechtsgefühl allein entschieden werden kann.

Es ist deshalb unbedingt notwendig, neben die gefühlsmäßige Erfassung des Rechtes die theoretische Besinnung durch das Denken treten zu lassen. Beides gehört zusammen. Weder das Gefühl allein darf herrschen, noch darf allein das blutleere Schema eines abstrakten Rationalismus maßgebend sein. Aufgabe des Verstandes ist es, die im tiefsten Innern erkannte Rechtmäßigkeit in eine theoretische Form zu gießen [354]).

Die wissenschaftliche Durcharbeitung des Rechtsbegriffes ist deshalb unerläßlich. Nur darf sich die Wissenschaft nicht vom völkischen Leben isolieren, ihre Arbeit gilt der Gemeinschaft. Nur in ihr und durch sie

---

353) Vgl. dazu auch Larenz, Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart, 2. Aufl. 1935, S. 4/5: „Es ist nichts als voreilige Geschwätzigkeit, wenn hier und da irgend welche Patentlösungen angeboten werden. Der Nationalsozialismus ist keine Sammlung von Patentlösungen, sondern ein Aufbruch des Geistes, der eine neue Sicht eröffnet und damit das Denken auch vor neue Aufgaben stellt".

354) Vgl. dazu Thierfelder, Normativ und Wert, S. 9/10: „Wir beugen uns vor dem Phänomen der Schuld, horchen auf die Werte, die aus der Tiefe des Blutes zu uns sprechen und wagen es nicht, den isolierten Verstand mit unbeschränkten Machtvollkommenheiten auszustatten". Ferner ebendort, S. 161/62: „Wir Jüngeren sind froh, daß wir ohne solche Zerrissenheit zwischen Gefühl und Verstand dem Aufbau eines neuen Rechtes dienen können. Weder gefühlsduselig noch intellektualistisch wollen wir unsere ganze Persönlichkeit einsetzen, um die Tatsachen und Zusammenhänge im Lichte unseres Volkes zu sehen". Vgl. auch Binder, Grundlegung zur Rechtsphilosophie, 1935, Vorwort S. V: „Nicht gegen die lebendige Vernunft, die alle Wirklichkeit bedingt und durchdringt, sondern gegen die Plattheit der bloßen Verstandesmäßigkeit muß sich das Ungestüm des neuen Geistes richten, wenn er sich als Geist, und das heißt als Leben, als lebendige, schöpferische Kraft bewähren soll, die ihren Schöpfungen Leben und damit Dauer verleihen kann".

vermag auch die Wissenschaft zu leben. In diesem Sinne wird sie zur „politischen“ [355]) Wissenschaft und ist sich ihrer hohen Verantwortung im Rahmen der Volksgemeinschaft bewußt.

In der nun folgenden Darstellung ist zunächst Stellung zu nehmen zu den Versuchen einer positiven Unrechtsbestimmung. Darauf ist der dem nationalsozialistischen Rechtsdenken entsprechende Begriff der Rechtswidrigkeit herauszuarbeiten und schließlich ein Weg zu suchen, wie im nationalsozialistischen Strafrecht die Rechtfertigungsgründe systematisch zu erfassen sind.

B. Die materielle Rechtswidrigkeit im nationalsozialistischen Strafrecht.

Die von Dohna im Anschluß an Stammler entwickelte formale Maxime zur Ermittlung der positiven Unrechtsbestimmung konnte sich wegen ihres Mangels jeden empirischen Gehaltes schon im vornationalsozialistischen Recht nicht durchsetzen. Die kritische Methode, die Stammler im Anschluß an Kant entwickelt hatte, — treffend für sie die Bezeichnung „Neukantianismus“ — wurde als solche auch von Mezger und Sauer beibehalten. Während jedoch Mezger bei seiner Verbindung der kritischen Methode mit Gedankengängen Iherings den Einwand zu hören hatte, daß sich mit Utilitätserwägungen allein eine Bewertung des Rechts nicht betreiben läßt [356]), stützte sich Sauer durch die Verwendung des Wertbegriffes auf eine einflußreiche rechtsphilosophische Richtung, nämlich die Windelband-Rickert-Lask’sche kritische Methodenlehre. Diese sogen. südwestdeutsche Richtung des Neukantianismus wurde durch den Gedanken der wertbezogenen Wirklichkeit den beiden im Recht enthaltenen Elementen des Seins und des Wertes weitgehend gerecht [357]).

Wir haben schon darauf hingewiesen, daß dem Nationalsozialismus nur eine materielle Verbrechensauffassung wesensgemäß ist. Die formelle

---

355) Vgl. Schaffstein, Politische Strafrechtswissenschaft,

356) Vgl. M. E. Mayer, Rechtsphilosophie, S. 15.

357) Die ganze neukantische Richtung in der Rechtsphilosophie wurde jedoch in der vornationalsozialistischen Zeit schon stark zurückgedrängt durch die phänomenologische Methode und den objektiven Idealismus, die unter Verwerfung der formalen Erkenntniskritik zu inhaltlich ausgefüllten philosophischen Ergebnissen strebten. Diese neuen Richtungen bilden für das Gebiet der Rechtsphilosophie den Übergang, ähnlich wie für das bürgerliche Recht die Interessenjurisprudenz und für das Strafrecht die teleologisch-normative Methode den Boden bereiteten für den sich in der nationalen Revolution vollziehenden Umbruch.

Die Bemühungen, eine dem neuen Rechtsdenken entsprechende philosophische Erkenntnis zu gewinnen, sind in vollem Gange und haben schon bedeutsame Ergebnisse gezeitigt in den Werken Binders (Grundlegung zur Rechtsphilosophie, 1935) und Larenz’s (Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart, 1935). Auch Thierfelder (Normativ und Wert in der Strafrechtswissenschaft unserer Tage, S. 113 ff.) ist in diesem Zusammenhang zu erwähnen mit seinem Versuch, die nationalsozialistische Weltanschauung einer Wertphilosophie zugrunde zu legen.

Verbrechensauffassung war, wie wir im ersten Hauptteil gesehen haben, lediglich der strafrechtliche Ausdruck der mechanistisch-formalen Staatsauffassung, die sich aus dem rationalistischen Denken der Aufklärung entwickelte. Positivismus, individualistischer Rechtssicherheitsgedanke und Analogieverbot sind für das Gebiet des Strafrechts — wie wir sahen — die weiteren Ausprägungen dieses überwundenen Denkens. Aus all diesen Gründen hatten wir uns schon bei der Darstellung der Lehren des geltenten Rechts nur den Autoren zugewandt, die einen materiellen Unrechtsbegriff zu formulieren suchten. Die methodische Arbeit war bei der weltanschaulichen Zerrissenheit des pluralistischen Parteienstaates ungemein schwierig. Wie weit die früher herausgearbeiteten Unrechtsbestimmungen heute noch verwertet werden können, gilt es nunmehr zu prüfen. Maßstab dafür sind die Erfordernisse des nationalsozialistischen Strafrechts.

Auszugehen ist bei der innigen Verflechtung des Strafrechts mit den tragenden Grundideen des Staates von der nationalsozialistischen Staatsauffassung. Der Staat ist, wie oben dargelegt, für den Nationalsozialisten kein inhaltloses abstraktes Gebilde. Er ist auch kein absoluter Wert für sich, sondern steht im Dienste des höchsten völkischen Wertes, des Volkes. Von hier aus erhält er seine inhaltliche Bestimmung als rechtliche Gestaltungsform des Volkes. Für das Strafrecht folgt daraus notwendig die Ausrichtung an der völkischen Sittenordnung und die Überwindung der aufklärerischen Trennung von Recht und Sittlichkeit. Diese wiedergewonnene Übereinstimmung führt uns unmittelbar zu der inhaltlichen Bestimmung der materiellen Rechtswidrigkeit [358]).

Damit sind die bisherigen Bestimmungen, die inhaltlich auf herrschende Kulturanschauungen und das Werturteil der tonangebenden Schicht abstellten, nicht mehr anwendbar. Auch Mezgers und Sauers Versuche, der formalen Maxime Leben einzuhauchen, können von diesem Standpunkt aus nicht mehr befriedigen. Mezgers „kompossibles Maximum der Interessenbefriedigung“ zeigt eine rein individualistische Betrachtungsweise [359]), und auch Sauer, der sich in tiefgründiger Arbeit der Ermittlung des Unrechtsbegriffes widmete, kann letzten Endes über eine formale Definition nicht hinauskommen. Er kann es nicht, weil die Vielheit der Weltanschauungen im neutralen Parteienstaate es unmöglich macht, eine allgemein anerkannte inhaltliche Bestimmung zu geben. Denn eine solche inhaltliche Bestimmung verlangt eine bestimmte weltanschauliche Stellungnahme. Diese hätte aber bei der vorhandenen Relativität aller Werte auf allgemein gültige Anerkennung nicht rechnen können. Es blieb deshalb nur der Weg einer formalen Bestimmung [360]).

---

358) Die Übereinstimmung von Recht und Sittlichkeit führt nicht nur zur materiellen Rechtswidrigkeit, sondern auch zum Gedanken des Willensstrafrechts. Mit besonderer Schärfe weist Schaffstein (ZStW. 1935 S. 19) auf diese gemeinsame Grundlage der beiden Hauptpfeiler unseres neuen Strafrechts hin.

359) Vgl. dazu neuerdings Mezger selbst in ZStW. 1935 S. 7/8.

360) Vgl. dazu auch Schaffstein, ZStW. 1935 S. 27/29. Schaffstein weist dort auch den rein formalen Charakter der bekannten Formeln „Sozialschädlichkeit“ (Liszt-Schmidt 25. Aufl. S. 173), „antisoziales Verhalten“, „Gefähr-

Das nationalsozialistische Strafrecht muß zu einer sachlich-inhaltlichen Bestimmung gelangen. Sie ist — ganz abgesehen von dem grundsätzlichen Streben der nationalsozialistischen Weltanschauung zur Überwindung alles Formalen und dem Hinwenden zum Inhaltlichen — schon deswegen praktisch unentbehrlich, weil der materielle Rechtswidrigkeitsbegriff ja nicht mehr wie bisher nur zur Lückenausfüllung bei den Unrechtsausschließungsgründen berufen ist, sondern auch auf breiter Grundlage im Gebiete der unrechtsbegründenden Tatbestände eine bedeutende Rolle spielt (Analogie).

Bisher war neben der eben genannten wichtigsten Funktion bei der Begründung nicht gesetzlich geregelten Unrechtsausschlusses die materielle Rechtswidrigkeit lediglich noch von Bedeutung zur Ausfüllung der normativen Tatbestandsmerkmale [361]) (teleologische Begriffsbildung) und zur Unterscheidung der echten Konkurrenz von der Scheinkonkurrenz [361]).

Im neuen Strafrecht genügt schon der Hinweis auf die jetzt durch Gesetz gestattete Analogie zur Begründung strafbaren Verhaltens [362]), um die überragende Bedeutung der materiellen Rechtswidrigkeit zu kennzeichnen. Darüber hinaus wird im kommenden Strafrecht die materielle Unrechtsauffassung in der Vorsatzlehre unentbehrlich. Zum Vorsatz kann nicht allein das Bewußtsein genügen, gegen ein bestimmtes, formales Gesetz zu verstoßen, sondern es muß schon das Bewußtsein, überhaupt Unrecht zu tun [363]), ausreichen. Die inhaltliche Bestimmung kann damit nur aus dem materiellen Rechtsbegriff gewonnen werden. Auf die Bedeutung der materiellen Unrechtsauffassung im Gebiete der echten Unterlassungsdelikte weist Schaffstein hin [364]). Auf die inhaltliche Ausfüllung der im kommenden Recht sehr zahlreichen normativen Merkmale — man denke nur an den Begriff der gesunden Volksanschauung — und die richtige Erfassung der neugeschaffenen völlig normativen Tatbestände sei an dieser Stelle nur kurz verwiesen [365]).

Die Inhaltsbestimmung der Rechtswidrigkeit als solche ist nicht so einfach zu geben, wie es zunächst den Anschein hat. Zwar ist der Richtpunkt festgelegt: rechtswidrig kann nur etwas sein, was dem deutschen

---

dung der Lebensbedingungen der Gesellschaft" (Jhering, Zweck im Recht, I S. 382) und „Rechtsgutverletzung oder -Gefährdung" hin. Auf S. 30 (a.a.O.) betont er mit Recht, daß diese Formeln durchaus der liberalen Idee der Gesellschaft entsprechen, genau so wie die materielle Kennzeichnung der Schuld als „Sozialgefährlichkeit des Täters".

361) Vgl. Schaffstein, ZStW. 1935 S. 21/22 und zur Konkurrenz noch Mezger, Strafrecht, S. 472 ff.

362) Vgl. oben Seite 12.

363) Ebenso Mezger, ZStW. 1935 S. 2, und Schaffstein, dortselbst S. 23. Ferner Freisler, Kommendes Strafrecht, Bes. Teil S. 52, der von dem Bewußtsein, gegen die völkische Sittenordnung zu verstoßen, spricht und erklärt, daß damit die Schuld ein „sittlich ausgerichtetes Unrechtselement" enthalte.

364) a.a.O. S. 24.

365) Die näheren Ausführungen gehören in den Abschnitt über die Funktion der Tatbestände im neuen Strafrecht. Vgl. unten Seite 99 ff. Vgl. auch noch die ausführlichen Angaben Mezgers in ZStW. 1935 S. 2/6.

Volke schädlich ist, was gegen die „völkische Sittenordnung" verstößt [366]. Diese allgemeine Richtlinie bedarf aber, um als Maßstab zur Beurteilung eines einzelnen Falles zu dienen, noch näherer Konkretisierung. Gerade der Begriff des Volkes muß in seiner Eigenschaft als Rechtsbegriff näher erläutert werden [367].

Mezger gibt neuerdings eine beachtliche Darstellung des Begriffs des deutschen Volkes als Rechtsbegriff [368]. Er gliedert ihn in drei wesentliche Bestandteile: deutsches Volk als Rechtsbegriff ist einmal die die sich aus der Geschichte des deutschen Volkes ergebende Schicksalsgemeinschaft in Vergangenheit und Gegenwart, es ist ferner die aus Rasse und Landschaft („Blut und Boden") gegebene Gestaltung des deutschen Volkes und schließlich der aus diesen beiden Gegebenheiten resultierende, in die Zukunft wirkende, politische Gestaltungswille und Kulturwille des deutschen Volkes.

Damit sind schon sehr beachtliche Richtlinien gegeben. Die wissenschaftliche Arbeit wird auf der einheitlichen Grundlage der nationalsozialistischen Weltanschauung in dieser Richtung weiterbauen müssen und um so eher zu fruchtbaren Ergebnissen gelangen, als sie ihre Kraft nicht mehr zu zersplittern braucht, um zunächst einmal eine brauchbare Grundlage zu finden. Es wird jedoch nicht mehr nötig sein, eine Formel zu suchen, die nun in jedem einzelnen Falle die Lösung geben soll. Weit wichtiger ist im kommenden Strafrecht die Ermittlung des materiellen Unrechtsgehaltes der Tatbestände des Besonderen Teils. Die einzelnen unrechtsbegründenden Tatbestände und Unrechtsausschließungsgründe sind auf ihren spezifischen Unrechtsgehalt hin zu untersuchen und in ihrer besonderen Eigenart zu erkennen [369]. Für den methodischen Weg unseres Denkens behalten dabei die bisher herausgearbeiteten formalen Richtlinien — insbesondere die grundlegenden Ausführungen Sauers und die Verbindung der Zwecktheorie mit dem Güterabwägungsprinzip — ihre bleibende Bedeutung.

C. Das nationalsozialistische Strafrecht als Willensstrafrecht.

I. Allgemeines.

Die technische Gestaltung des Begriffes der Rechtswidrigkeit und damit des Wesens der Unrechtsausschließungsgründe hängt unmittelbar ab von der grundsätzlichen Einstellung zum Strafrecht überhaupt. Es ist daher notwendig, zunächst die Aufgabe des Strafrechts innerhalb des

---

366) Vgl. auch die Definition Freislers in Deutsches Strafrecht 1935 S. 12: „Unrecht ist der Angriff auf die Volksgemeinschaft, der Verstoß gegen die Grundlage des völkischen Lebens".

367) Vgl. dazu oben Seite 8—10.

368) Vgl. ZStW. 1935 S. 9.

369) Vgl. dazu Gemmingen, Rechtswidrigkeit des Versuchs, S. 48/52, und Deutsches Strafr. 1935 S. 115; Schaffstein ZStW. 1935 S. 30. Wie sehr die Auffassungen über die inhaltliche Bestimmung der Rechtswidrigkeit bei den Kriminalisten noch auseinandergehen, zeigt eindringlich der Bericht Henkels über eine Aussprache von Strafrechtslehrern in ZStW. 1935 S. 36/41.

völkischen Führerstaates darzulegen. Das Strafrecht des Dritten Reiches ist dazu berufen, „das deutsche Volk, seinen Bestand und seine Kraft, seinen Lebensfrieden, vor allem also auch seine Zeugungs- und Gebärkraft, wie seine Arbeitsruhe gegen Angriffe von innen heraus zu sichern“ [370]. Es wird damit ein Kampfrecht im Dienste des völkischen Staates. Nicht der äußere Erfolg allein ist ihm deshalb Ausgangspunkt für sein Einschreiten, sondern der auf einen solchen Erfolg hinzielende Wille. Allerdings muß dieser gefährliche Wille irgendwie in die Erscheinung getreten sein.

Die preußische Denkschrift machte zum ersten Male diesen Gedanken des Gefährdungs- und Willensstrafrechts zur Grundlage eines neuen Gesetzgebungsvorschlages. Eine eingehende Erörterung dieser Fragen setzte seitdem ein und hat heute zu klarerer Erfassung der Grundbegriffe geführt [371].

Wichtig ist zunächst, festzustellen, daß Gefährdungs- und Willensstrafrecht nichts Verschiedenartiges sind, sondern daß sie ein und dasselbe bedeuten, nur unter verschiedenen Gesichtswinkeln betrachtet [372]. Zwar steht bei rein schematischer Konstruktion das Gefährdungsstrafrecht im Gegensatz zum Verletzungsstrafrecht und das Willensstrafrecht im Gegensatz zum Erfolgsstrafrecht. Aus der Aufstellung dieser Gegensatzpaare aber kann deshalb ein wesentlicher Unterschied zwischen Willens- und Gefährdungsstrafrecht nicht hergeleitet werden, weil Verletzungs- und Erfolgsstrafrecht im Endergebnis dasselbe bedeuten [373]. Verletzungs- und Erfolgsstrafrecht stehen gleichermaßen im Gegensatz sowohl zum Willens- wie auch zum Gefährdungsstraftecht. Das Willens- und Gefährdungsstrafrecht wartet mit dem Zugriff auf den Rechtsbrecher nicht ab, bis Verletzung und Erfolg eingetreten sind, sondern es greift, dem kämpferischen Grundzug nationalsozialistischer Haltung entsprechend, bereits ein, wenn der erste, in die Erscheinung getretene Angriff auf die völkische Friedensordnung erfolgt. Denn dieser erste Angriff — und nicht erst die voll gelungene Tat — bedeutet schon eine Gefahr der Friedensordnung.

Der Unterschied zwischen Gefährdungs- und Willensstrafrecht besteht einmal darin, daß jenes unmittelbar am Schutzgedanken ausgerichtet ist, dieses jedoch nur mittelbar, indem es zeigt, wie der Schutz am zweckmäßigsten zu verwirklichen ist [374].

---

370) Vgl. Freisler, Kommendes Strafrecht, Allg. T., 1. Aufl. S. 12, 2. Aufl. S. 14.

371) Vgl. im einzelnen: Freisler, Kommendes Strafrecht, 1. Aufl. S. 9 ff., 2. Aufl. S. 11 ff.; Frank, Leitsätze I. Teil S. 30/31; v. Gemmingen JW. 1933/2375, ders. in Dt. Strafr. 1935 S. 105 ff.; Klee, DJZ. 1934/97; Gerland Dt. Justiz 1934, S. 226; Nagler Dt. Strafr. 1934 S. 53; Lobe DJZ. 1934/247; Klee Dt. Strafr. 1934 S. 113 und 190; Freisler Dt. Justiz 1934/474; Ebert, dortselbst S. 481; Berges, Dt. Strafr. 1934/239; Freisler Dt. Strafr. 1935 S. 1 ff.; Gemmingen, Probleme der Strafrechtsanwendung S. 100 ff.; Thierfelder, Normativ und Wert . . ., S. 81 ff.

372) Vgl. Klee, Dt. Strafr. 1934/113.

373) Vgl. Klee, a.a.O.

374) Vgl. ebendort S. 114.

Die Zusammenhänge gehen aber noch tiefer. Der Wille des Verbrechers interessiert heute nicht nur insoweit, als der Inhalt dieses Wollens ihm als „Schuld" im herkömmlichen Sinne vorgeworfen wird, sondern er wird auch in seiner Eigenschaft als Anlaß zu einem äußeren Geschehen betrachtet. Mit Gemmingen kann man deshalb sagen, daß „im Willensinhalt ein ganz wesentlicher Faktor für die Wahrscheinlichkeit des zu befürchtenden Erfolges liegt" [375]). Denn „das Wollen eines bestimmten Erfolges ist die adäquate Grundbedingung für das Vollbringen" [376]). Diese Auffassung dürfte ganz im Sinne Klee's sein, der in seinem Aufsatze „Die gefährliche Handlung als Grundform des Verbrechens" sagte: „Hiernach steht das Ob und der Grad der Gefährdung des Rechtsgutes (der Rechtsordnung) in engem Zusammenhang mit dem Grade der auf die Verletzung gerichteten Willensenergie" [377]).

Wie sehr diese Gedankengänge geboten sind, geht auch daraus hervor, daß Thierfelder in ganz anderem Zusammenhange zu denselben Ergebnissen kommt [378]). Er weist zutreffend darauf hin, daß das Gefährdungsstrafrecht im Grunde nicht deshalb gewollt werde, weil alle Gefährdungen strafwürdig seien, sondern weil die Strafbarkeit der verbrecherischen Gesinnung zu sehr eingeschränkt würde, wenn man zur Bestrafung außer ihr den Eintritt des Erfolges verlange [379]). Er gelangt zu dem Ergebnis, daß wir damit eine Systematik haben, die von der als wirklich zumindest gedachten Rechtsgutsverletzung ausgehend eine Bewertung der zu ihr hinführenden Kräfte vornimmt [380]). Bewertet wird somit einmal und in erster Linie „die reale psychische Kraft, die in dem Täter ruht; neben ihr aber, das Geschehnis in einen übersubjektiven Sinnbereich einziehend, die objektive Zweckreihe, die Gefährlichkeit des Tätigwerdens" [381]).

Für diese so geartete Auffassung des Strafrechts gebraucht Freisler den Ausdruck „Willensstrafrecht". Dieses Willensstrafrecht darf jedoch nicht, worauf gerade Freisler mit Nachdruck hingewiesen hat [382]), mit einem Gesinnungsstrafrecht verwechselt werden. Denn das Willensstrafrecht verlangt zum Einschreiten immer eine diesem Willen entsprechende Handlung.

Es ist klar, daß diese Strafrechtsauffassung die überkommenen Grundbegriffe weitgehend umgestalten muß. Der Aufbau des gesamten Strafrechtssystems wird sich ändern. Vor allem auch der uns besonders interessierende Grundbegriff der Rechtswidrigkeit.

---

375) Vgl. Probleme der Strafrechtsanwendung, S. 105.
376) Vgl. a.a.O.
377) Dt. Strafr. 1934/115.
378) Normativ und Wert . . . S. 86 und 88/89.
379) a.a.O. S. 86.
380) S. 89.
381) ebendort.
382) Vgl. Kommendes Strafrecht, 1. Aufl., S. 17, 2. Aufl. S. 19 und 40. (Allg. Teil).

II. Die Rechtswidrigkeit im Willensstrafrecht.

1. Der Übergang.

a) Wegner, H. Mayer, Engisch.

Die Aufgabe der Gestaltung des Begriffes der Rechtswidrigkeit ist wie im alten Erfolgsstrafrecht, so auch im Willensstrafrecht eine ebenso grundlegende und schwierige. Nirgends ist so sehr wie hier grundsätzliche Besinnung vonnöten. Es genügt nicht mehr, nur ein Glaubensbekenntnis zu einer der vertretenen Auffassungen abzulegen [383]). Wir müssen die Streitfragen neu untersuchen und prüfen, ob und wie wir die Denkformen von objektivem Unrecht und subjektiver Schuld, von Bewertungsnorm und Bestimmungsnorm mit den Erfordernissen des Willensstrafrechts in Einklang bringen können.

Wir haben oben [384]) die Dogmengeschichte unseres Problems schon aufgezeigt und sind bei der bisher herrschenden Lehre stehen geblieben, die mit der Zuordnung der Rechtswidrigkeit zur Bewertungsnorm und der Schuld zur Bestimmungsnorm den beiden Seiten des Rechts vollauf gerecht zu werden schien. An dieser Stelle müssen wir unsere Betrachtungen fortsetzen und denen Gehör geben, die in der bestechenden Formulierung der herrschenden Lehre noch nicht der Weisheit letzten Schluß sahen.

1930 wies Wegner in seinem Aufsatz in der Frank-Festgabe „Über den Geltungsbereich des staatlichen Strafrechts" [385]) darauf hin, daß man von zwei Seiten an die Geltung des Strafrechts herangehen könne, und daß nur eine dieser Seiten die sachliche, „objektive" sei. Sie bezieht sich auf den Rechtsgüter- und Interessenschutz, der — wie Wegner dortselbst in und bei Anmerkung 2 richtig erkennt — ein von den subjektiven Rechten des Staatsbürgers ausgehender liberaler Gedanke ist. Nachdrücklich betont er, daß wir über dieser Seite nie die andere, subjektive, die „Bindungsseite" — wie er sie im Anschluß an Heglers Prinzipien des internationalen Strafrechts (1906) nennt — vergessen sollten und sagt: „In dieser Doppelnatur des Rechts liegt eine tiefe Problematik". Er gibt unumwunden zu, daß er sich zu schnell für die eine der beiden Lehren, nämlich die objektive Unrechtsauffassung, entschieden habe [383]). In der bloßen Verletzung der Rechtsobjekte allein kann er die Rechtswidrigkeit nicht mehr erblicken. Er bestimmt vielmehr: „Unrecht ist das dem Rechtswillen Entgegensein" [387]), und gelangt zu dem Ergebnis, daß sich ein solches dem Rechtswillen Zuwidersein nicht rein objektiv, d. h. „ohne Rücksicht auf die zur Rechtsgemeinschaft verbundenen Menschen" feststellen lasse. Allerdings gibt er zu, daß die vielfachen überspitzten Erörterungen über den Normadressaten im Schrifttum, z. B. bei Thon, geeignet seien, den Leser abzustoßen. Aber er glaubt, daß dieser Begriff nicht vernachlässigt werden dürfe zugunsten mehr oder minder gewaltsamer Not-

---

383) Vgl. oben Seite 20.
384) Vgl. oben Seite 20 ff.
385) Frank, Festgabe I S. 128/29.
386) Vgl. kriminelles Unrecht . . ., S. 59/60.
387) Frank-Festgabe I S. 129.

lösungen. Er gesteht zu, daß die Frage, ob ein Geisteskranker rechtswidrig handle oder nicht, noch ungelöst sei und daß auch die Unterscheidung von Bewertungsnorm und Bestimmungsnorm hier nicht weiter helfe.

In seiner Einführung in die Rechtswissenschaft (1931) erklärt er eindeutig: „Das Recht ist eine geistige Macht. Es steht in der Geschichte, besteht aus Geboten, Imperativen, Normen. Diese wenden sich an die Seelen von Menschen" [388]).

Helmuth Mayer in seinem Beitrage zur Frank-Festgabe [389]) glaubt, daß das Bemühen, den Begriff der objektiven Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit zur Grundlage des Systems zu machen, ebenso verkehrt sei, wie der entgegengesetzte Versuch, ihn als unbrauchbar zu verwerfen. Beides hält er deshalb für unzutreffend, weil die objektive Rechtswidrigkeit gar kein Grundbegriff sei. Seinem Wesen nach sei das Recht Zwangsordnung. Er gibt jedoch zu, daß praktisch eine Bewertung dieses Rechtszwanges vorhergehen muß. „Aber dieses genetisch vorausgehende Werturteil ist noch ein vorjuristisches". Die primäre Aufgabe des Rechtes ist es für ihn nicht, — ganz im Gegensatz zur herrschenden Meinung — über objektive Vorgänge ein rechtliches Werturteil abzugeben. Lediglich sekundär kann dieses Werturteil aus der Zwangsordnung abgeleitet werden, um deren Sinngehalt deutlich zu machen.

Auch Engisch [390]) wandte sich gegen den überkommenen Sinngehalt des Gegensatzpaares: Bewertungsnorm — Bestimmungsnorm. Er setzte die Bewertungsnorm mit der Strafwürdigkeit in Beziehung und die Bestimmungsnorm mit der Rechtswidrigkeit. Eberhard Schmidt polemisierte gegen diese Verwirrung der Terminologie [391]) und glaubte, daß sachlich damit nichts gewonnen sei. Thierfelder hat neuerdings [392]) gezeigt, daß Engischs Abweichung von der üblichen Terminologie insofern sachliche Bedeutung habe, als er die Strafwürdigkeit nicht mehr allein davon abhängig machen will, ob einer Bestimmungsnorm zuwidergehandelt worden ist oder nicht. Denn die Abhängigkeit der Schuld und damit die Abhängigkeit der Strafwürdigkeit von der Bestimmungsnorm gestattet lediglich eine bloße Bejahung oder Verneinung. Der Bestimmungsnorm kann man nur zuwiderhandeln oder sich ihr gemäß verhalten. Die notwendige Abstufung der Schuld wird damit nicht erreicht, wohl aber durch die Bezugnahme auf die Bewertung [393]).

Die Bedenken der eben angeführten Autoren, deren Schriften fast gleichzeitig erschienen sind, entspringen sämtlich der Erkenntnis, daß man mit der einseitigen Zuordnung der Rechtswidrigkeit zur Bewertungsnorm dem wahren Wesen dieses Begriffes nicht gerecht wird. Es ist

---

388 Bd. I. S. 44.

389) Bd. I, S. 618 ff.

390) Untersuchungen über Vorsatz . . ., S. 450.

391) Im Lehrbuch S. 175 Anm. 4.

392) Normativ und Wert . . ., S. 17.

393) Vgl. die weiteren interessanten Ausführungen Thierfelders (S. 18/23) über zwei ganz verschiedenartige Fallgruppen (Schuldform der unbewußten Fahrlässigkeit und Bekämpfung des Berufs- und Gewohnheitsverbrechertums), in denen Strafwürdigkeit vorliegt und gestraft wird, obwohl eine Zuwiderhandlung gegen eine Bestimmungsnorm nicht vorliegt.

diesen Gelehrten jedoch noch nicht möglich, einen Weg zu zeigen, der auf die „Doppelnatur" des Rechtes gebührende Rücksicht nimmt, der also einmal die Unentbehrlichkeit des objektiven Unrechts anerkennt, zum zweiten aber auch die Bindungsseite nicht vernachlässigt [394]).

b) Gemmingen.

Grundlegend neue Gedanken in dieser Hinsicht bringt erst die bedeutsame Schrift des Freiherrn von Gemmingen „Über die Rechtswidrigkeit des Versuchs". Gemmingen ist es gelungen, von hoher Warte aus der verwirrenden Fülle von Meinungen über die Begriffe von Recht und Unrecht neue, einheitliche Gesichtspunkte abzugewinnen und damit unser Problem ungemein zu klären.

Gemmingen geht von der einleuchtenden und doch so wenig beachteten Erkenntnis aus, daß bei der Prüfung des Rechtswidrigkeitsbegriffes scharf unterschieden werden muß zwischen „der allgemein gültigen Frage nach der logischen Form, in welcher das Rechtswidrige gedacht werden kann" und „der dogmatischen Frage nach der Rechtswidrigkeit in einer bestimmten Rechtsordnung" [395]). Den wahren Grund der vielen Mißverständnisse und so vieler unfruchtbarer Kontroversen gibt er an, wenn er anschließend sagt: „In den bisherigen literarischen Bemühungen um den für die Strafrechtsdogmatik brauchbaren Rechtswidrigkeitsbegriff finden sich beide Probleme nicht deutlich geschieden".

---

394) An dieser Stelle sei auch noch der Einteilung Elsters im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Bd. IV, S. 747, gedacht. Elster sucht die Einteilung: subjektive und objektive Rechtswidrigkeit zu überwinden. Er unterscheidet zwischen genereller und individueller Rechtswidrigkeit. Die erstere ist der Verstoß gegen das Recht, der unabhängig von einem rechtswidrigen Handeln oder Erdulden eines Individuums ist. Die letztere wird untergeteilt in „aktive" und „passive" Rechtswidrigkeit. „Die aktive Rechtswidrigkeit bedeutet Verschulden des Handelnden, die passive Rechswidrigkeit bedeutet Unrecht leiden eines Berechtigten, die generelle Rechtswidrigkeit bedeutet Verletzung der Rechtsordnung".

Zur Kritik dieser Auffassung vgl. Gemmingen Rechtswidrigkeit . . . ., S. 42/43.

Interessant ist in diesem Zusammenhange auch noch die Auffassung Thierfelders (Objektiv gefaßte Schuldmerkmale S. 8 Anm. 13).

Thierfelder hält zwar die hergebrachte Gegenüberstellung von Bewertungsnorm und Bestimmungsnorm für richtig. Aber er glaubt, die Wertungen Unrecht und Schuld letztlich als wissenschaftlich-systematisch ausgegliederte Teilwertungen eines zunächst beide umfassenden gesetzlichen Gesamtunwertes betrachten zu müssen. Dabei gelangt er zu der bemerkenswerten Feststellung: „Das Urteil: etwas ist objektiv unrecht, ist ja zum mindesten strafrechtlich kein wirklicher Vorwurf der Rechtsordnung, sondern nur ein unter abstrakten Überlegungen systematisch, sozusagen technisch herauspräparierter Teil des lebendigen Gesamtvorwurfs, ein, wie jeder Teil eines Organismus, für sich ‚totes' Gebilde." Die Wertung ‚objektiv unrecht' verweist er in das Gebiet der strafrechtlichen Systematik, glaubt aber, daß sie für diese absolut unentbehrlich sei.

395) Seite 20.

Dieser seiner grundlegenden Einsicht gemäß teilt Gemmingen die uns interessierenden Erörterungen in zwei Hauptteile ein. In dem ersten wird der Rechtswidrigkeitsbegriff als Problem der Rechtstheorie behandelt, in dem zweiten die Rechtswidrigkeit in der Dogmatik des geltenden Strafrechts. Im rechtstheoretischen Teil — der zunächst allein interessiert — handelt er zuerst vom Recht, sodann vom Rechtswidrigen.

Im Recht sieht Gemmingen „eine Welt von Normen, welche auf die Regelung einer bestimmten sozialen Wirklichkeit gerichtet sind und einer Gemeinschaft als deren Wille zugedacht werden“ [396]). Demgemäß gelangt er zu den drei notwendigen Seiten des Rechtes als Bedeutungswelt, als reale Ordnung und als geltende Macht.

Als Bedeutungswelt ist ihm das Recht ein „Gedankending, eine Gesamtheit von Sollens- oder, besser gesagt, Wollensbedeutungen“ [397]).

Die zu ordnende Realität, auf die das Recht Bezug nimmt, nennt er „das reale Regelungssubstrat“.

Zur „Machtgeltung“ des Rechtes gehört die Fähigkeit der Normen, sich durchzusetzen. Diese Fähigkeit beruht nicht auf Gewalt oder Zwang allein („Macht geht vor Recht“), sondern auf einem entsprechenden seelischen Verhalten der Rechtsunterworfenen [398]). Die Synthese von beiden ergibt die Geltungsmacht des Rechtes.

Diesen drei wesensnotwendigen Seiten des Rechtes stellt er die drei zufälligen Seiten des Rechtes gegenüber, die er zusammenfaßt in den Rubriken „rechtliche Ausdruckswirklichkeit“, „Recht als Motiv im Verpflichteten“ und „Recht als Volksüberzeugung“. Die rechtliche Ausdruckswirklichkeit ist das rein formale Inkrafttreten oder Außerkrafttreten gesetzten Rechtes, die scharf von der Geltungswidrigkeit zu scheiden ist, wie Gemmingen an dem Beispiel des Gewohnheitsrechts zeigt [399]).

Als Motiv im Verpflichteten wirkt das Recht, wenn der Inhalt des rechtlichen Sollens in der Seele der Rechtsunterworfenen lebendig ist. Das Vorhandensein und die Geltung des Rechtes werden jedoch von der Existenz dieses seelischen Motivs nicht berührt.

Gemmingen weist darauf hin, daß der rechtsdogmatische „Psychologismus“ in dieser Wirklichkeit des Rechtes als geistiger Macht allein sein Wesen erblickt hatte.

Die ungeheure praktische Bedeutung dieser Seite des Rechts, gerade auf dem Gebiete des Strafrechts, erkennt Gemmingen auch durchaus an und gibt zu, daß auf dieser „Motivierungskraft“ ein beträchtlicher Teil der Machtgeltung beruht. Einen notwendigen Bestandteil dieser Machtgeltung sieht er nicht darin [400]).

---

396) Seite 8.
397) a.a.O.
398) Seite 9.
399) Seite 10.
400) Das von Gemmingen zur Erläuterung gebrachte Beispiel des römischen Rechts zeigt sehr gut die Richtigkeit seiner Auffassung. Er sagt: „Andernfalls wäre unerklärlich, daß in Deutschland jemals das Recht Justinians samt seiner Fortbildung durch die italienischen Juristen zu solcher Machtgeltung gelangte, wie dies zu Beginn der Neuzeit der Fall war. Nicht weil

Unter Recht als „Volksüberzeugung" versteht Gemmingen schließlich das Empfinden des Volkes über das, was Recht und Unrecht sei. Dieses „Gerechtigkeitsgefühl des Volkes" kann von dem „Unterwerfungsempfinden" durchaus verschieden sein. So das deutsche Rechtsempfinden, das neben dem römischen Recht ungebrochen fortlebte [401]).

In einem kurzen geschichtlichen Überblick [402]) wird dann gezeigt, wie das Naturrecht einseitig das Recht als Welt von Sinnbedeutungen auffaßte, den Sinn aber zu „inhaltlichen Allgemeingültigkeiten" verabsolutierte, wie die historische Schule die Geltungswirklichkeit in den Vordergrund rückte und schließlich der Positivismus alles auf die gesetzliche Ausdruckswirklichkeit abstellte. Diesen drei sachlich-einseitigen Auffassungen stellt er die in der jüngsten Entwicklung sichtbar gewordene „Dreiheit methodologischer Einseitigkeiten" gegenüber: die Normlogik Kelsens, die Versuche einer Isolierung des Regelungssubstrates (Phänomenologie, insbesondere Reinach) und die Freirechtsschule „als Problematisierung des Geltungsphänomens" [403]).

Die Überwindung dieser Einseitigkeiten findet er in der Windelband-Rickert-Lask'schen kritischen Methodenlehre [404]). Sie überbrückt durch den Gedanken der wertbezogenen Wirklichkeit die Kluft, die daraus entsteht, daß das Recht als Sinnbedeutung in der Wertwelt verwurzel ist, und daß es als Sein in der Wirklichkeit vorhanden ist.

Die Erörterungen über das Rechtswidrige werden eingeleitet mit der schon erwähnten Fragestellung, in welcher allgemeinsten Form das Rechtswidrige logisch gedacht werden kann [405]). Die Antwort ergibt sich für Gemmingen folgerichtig aus seiner dualistischen Grundauffassung des Rechts als Sinn und als Sein.

Demgemäß kann das Rechtswidrige, entsprechend der normativen Bedeutungsseite des Rechts, einmal als „Zurückbleiben menschlichen Verhaltens hinter rechtlichen Anforderungen" aufgefaßt werden. Gemmingen nennt diese Seite der Rechtswidrigkeit „Anforderungswidrigkeit" [406]). Von dieser Seite ist das Recht unverletzbar. Ein Angriff auf die Sinnbedeutung ist logisch unmöglich.

Gerade diese logische Unmöglichkeit wird von der Strafrechtsdogmatik häufig verkannt. Denn sie begreift unter der logischen Kategorie der Rechtswidrigkeit vielfach nur die Anforderungswidrigkeit. Sie spricht mit anderen Worten gerade dort von Verletzung des objektiven Rechts, wo sie das Recht als unverletzbar erkennen müßte.

---

sein Inhalt in den Köpfen der Rechtsunterworfenen lebte, sondern vermöge des Charismas, welches den gelehrten Juristen anhaftete und vermöge der rational nie voll erklärbaren, im Volke lebenden Auffassung, was von Rom, jenem Mittelpunkt der Welt, komme, besitze schlechthin höhere Dignität."

401) Seite 14.
402) Seite 14 ff.
403) Seite 18.
404) Seite 19.
405) Seite 20.
406) Seite 20.

Die Anforderungswidrigkeit führt zu dem Gegensatzpaar: rechtlich gebilligtes und rechtlich mißbilligtes Verhalten hin und wird damit zu einer „Maxime" menschlichen Verhaltens[407]).

Der Wirklichkeitsseite des Rechts entsprechend ist das Rechtswidrige entweder ein Angriff auf das Regelungssubstrat oder ein Angriff auf die Geltungswirklichkeit. Diese Seite des Rechtswidrigen lediglich kann verletzt werden. „Angriffsobjekt ist alle dem Recht zuordenbare Wirklichkeit"[408]).

Es genügt für uns, von den Erörterungen Gemmingens über das Regelungssubstrat festzuhalten, daß er mit Windelband und Rickert zwischen die absolute Bedeutungswelt der Werte und die wertfreie Natur die wertbezogene Wirklichkeit, die Kultur einordnet. Im Regelungssubstrat sieht er deshalb nicht die „Summe natürlicher Erscheinungen und Vorgänge, sondern die kulturelle Wirklichkeit"[409]).

Die Geltungsseite des Rechts kann auf vielerlei Weise beeinträchtigt werden[410]). Durch ungeschickte Verwaltungs- und Gesetzgebungsmaßnahmen und vor allen Dingen durch jedes Verbrechen. Beispiel: Der ungeheure Abtrag an Machtgeltung, den das Recht in USA durch die Umgehung der Prohibition erfährt[411]).

Aus diesen Darlegungen Gemmingens ergibt sich klar, daß das Rechtswidrige in seiner logisch allgemeinsten Form nicht allein als eine rein äußere Beeinträchtigung gedacht werden kann, sondern daß es auch eine Pflichtseite hat, in der Anforderungswidrigkeit. Wer in seinem Tun hinter den rechtlichen Anforderungen zurückbleibt, handelt in diesem Sinne pflichtwidrig. Damit ist über die Frage der Schuld im herkömmlichen Sinne noch gar nichts gesagt. Denn dieses Zurückbleiben hinter einer Rechtspflicht hat mit den psychologischen Fragen der Motivation eines Rechtssubjektes nichts zu tun[412]). Wenn wir uns jetzt an die Dogmengeschichte erinnern, wird uns erst verständlich, warum die Meinungen so kraß einander gegenüberstehen. Es wurde nur immer eine Seite des umfassenden Begriffes herausgestellt und versucht, in den so herauspräparierten Teilbegriff die Erscheinungen des Lebens zu pressen. Je konsequenter die Dogmatik mit einem solchen einseitigen Begriff beherrscht werden sollte, desto wirkungsvoller erwies sich die handgreifliche Unmöglichkeit eines solchen Vorgehens. Man erkannte richtig, daß der unrecht

---

407) Seite 21.

408) Seite 22. Gemmingens Unterscheidung zwischen Anforderungswidrigkeit und Substratwidrigkeit kann nicht aus dem Gegensatzpaar: Bestimmungsnorm — Bewertungsnorm abgeleitet werden. Vgl. darüber Gemmingen, a.a.O. S. 25.

409) Seite 32.

410) Vgl. dazu S. 36 ff.

411) Seite 37.

412) Vgl. S. 24: „Pflichtwidrigkeit ist weder ein besonderes, psychologisch faßbares Phänomen menschlicher Motivation, noch überhaupt irgend etwas, das Subjektverhalten greifbar berührendes. All diese Vorstellungen werden dem rechtlichen Pflichtbegriff nicht gerecht und bewegen sich in Parallelismen einerseits aus der Psychologie, andererseits aus der Welt absoluter Pflichten".

Handelnde sich über die Gebote und Verbote der Rechtsordnung hinwegsetzte. Das kann er aber folgerichtig nur dann, wenn er die Befehle des Rechts vernommen hat. Also konnte man das Handeln des Geisteskranken nicht mit dem Prädikat „rechtswidrig" belegen und gelangte zu dem unsinnigen Ergebnis, daß Notwehr gegen den Angriff eines Geisteskranken „begrifflich" nicht möglich sei. Auf den Gedanken, daß das Wort „rechtswidrig" bei der Auslegung der Notwehrbestimmung einen ganz anderen Sinn haben könnte als das Wort „rechtswidrig" in seiner Eigenschaft als allgemeines Verbrechensmerkmal, kam man nicht [413]). Man drehte jetzt vielmehr den Spieß herum und deduzierte: soll das Handeln eines Geisteskranken als „rechtswidrig" bezeichnet werden, so kann man die Rechtswidrigkeit begrifflich sauber nur erfassen, wenn man von der Gebotsnatur des Rechts und dem hinter den rechtlichen Anforderungen zurückbleibenden Willen und Tun eines Pflichtsubjektes absieht, und sich auf die rein äußerliche Einwirkung beschränkt. Der Angriff des Geisteskranken konnte so als „rechtswidrig" erfaßt werden. Wenn man aber bei dieser Konstruktion konsequent bleiben wollte, mußte man mit demselben Recht auch dem Walten der Naturkräfte das Prädikat „rechtswidrig" erteilen. Der Einwand, daß das Unrecht gar nicht ohne ein unrecht handelndes Subjekt gedacht werden kann, vermag diesen Schluß nicht zu entkräften. Das Dilemma verschiebt sich lediglich um eine Stufe. Denn wenn das Tier ein „unrecht handelndes Subjekt" sein soll [414]), warum sollen es dann andere Naturkräfte nicht sein. Wenn man aber mit Liszt-Schmidt Notwehr gegen Tiere leugnet [415]), ist es nicht recht ersichtlich, warum gegen den Geisteskranken Notwehr zulässig sein soll [416]).

Wie einfach lösen sich all diese Fragen, wenn man sich — wie dies Gemmingen getan hat [417]) — darauf besinnt, daß der in der Rechtsdogmatik gebrauchte Begriff der Rechtswidrigkeit kein logisch-konstruktives Merkmal des Verbrechens, sondern lediglich ein „teleologischer Erklärungsgrundsatz" ist [418]).

Gemmingen zeigt, daß es schon für die Dogmatik des bisherigen Strafrechts falsch ist, aus den gesetzlichen Rechtswidrigkeitsbegriffen des Besonderen Teils irgend welche Schlüsse auf die Struktur der Rechtswidrigkeit als allgemeines Verbrechensmerkmal zu ziehen [419]).

---

413) Vgl. allerdings Frank S. 161: „Rechtswidrig ist ein solcher Angriff, zu dessen Duldung der Angegriffene nicht verpflichtet ist". Vgl. ferner die bei Frank a.a.O. Zitierten.

414) Für Notwehr gegen Tierangriffe R. Frank S. 161; v. Hippel II S. 208; Mezger S. 233/34; ferner Binding, Oetker, Gerland, P. Merkel (nähere Angaben bei Mezger a.a.O.).

415) S. 195 Anm. 5.

416) Vgl. die eingehenden Ausführungen bei E. Schmidt, a.a.O.

417) Rechtswidrigkeit . . ., S. 58. Vgl. auch Dt. Strafr. 1935 Seite 110.

418) Sehr scharf ist neuerdings wieder diese Erkenntnis von v. Gemmingen herausgestellt worden, wenn er sagt (Dt. Strafr. 1935/110): „Die Rechtswidrigkeit . . . ist genau wie das Prinzip des Willensstrafrechts kein logisch-konstruktives Begriffsmerkmal des Verbrechens, sondern ein teleologischer Erklärungsgrundsatz".

419) Vgl. Gemmingen, a.a.O. S. 48/54.

Der Bedeutung des Wortes „rechtswidrig" im Sinne des § 53 StGB wird man deshalb vollkommen gerecht mit der Wirklichkeitsseite des theoretischen Rechtswidrigkeitsbegriffes, nämlich mit dem Gedanken der Substratwidrigkeit, zu der allerdings noch hinzukommen muß der konkret entgegenstehende Wille des Angegriffenen [420]).

Das Tier, an das die Rechtsordnung keine Anforderungen stellt und dessen Angriff deshalb niemals anforderungswidrig sein kann, kann im Sinne der Notwehrbestimmung „rechtswidriger" Angreifer sein.

Das Ergebnis der eben behandelten Frage für unser Problem ist damit folgendes: Lediglich das sture Hinblicken auf die Notwehr gegenüber dem Angriff eines Geisteskranken oder eines Tieres führt dazu, die Bindungsseite des Rechts ganz außer acht zu lassen und nur noch die äußere Tatseite als Rechtswidrigkeit zu erfassen. Der Angriff eines Geisteskranken oder eines Tieres gibt das Recht der Notwehr auch dann, — wie wir sahen — wenn man auf die wesensnotwendige Seite des Unrechts als Anforderungswidrigkeit nicht verzichtet.

Wir ersehen daraus, daß es nach den Gesetzen der Logik nicht notwendig ist, den rechtstheoretischen Rechtswidrigkeitsbegriff auf die äußere Tatseite allein zu beschränken und vom Willensinhalt des unrecht handelnden Subjektes bei der Feststellung der Rechtswidrigkeit gänzlich abzusehen.

Selbst wenn es jedoch vom Standpunkt der Dogmatik des Strafgesetzbuches von 1871 allein richtig wäre, den Gegensatz von Rechtswidrigkeit und Schuld allein in der Zuordnung jener zur Bewertungsnorm und dieser zur Bestimmungsnorm beschlossen zu sehen, dürfte uns das nicht hindern, für den Aufbau dieser Begriffe im neuen Strafrecht die sich aus seinem Wesen als Willensstrafrecht notwendig ergebenden Wege zu gehen.

Doch auch schon für die Dogmatik des alten Strafrechts wurde der erwähnte Aufbau der Begriffe Rechtswidrigkeit und Schuld nicht als der allein mögliche und richtige angesehen. Gerade Gemmingen beschäftigte sich auch mit dieser Frage und sagte, daß die herrschende Terminologie, „soweit sie Bestimmungsnorm und Bewertungsnorm als koordinierte Begriffe auf gleicher Basis nebeneinander stellt, auf einem methodologischen Fehler" beruhe [421]).

Er sucht diese Behauptung an Hand der Dogmengeschichte nachzuweisen [422]). Ausgehend von der Lehre Merkels, der die Pflichtseite des Rechts mit der Wirklichkeitsseite gleichsetzte, zeigt er, wie der Widerstand der Zivilisten (Jhering) gegen diese für das Strafrecht so fruchtbare Auffassung in der Dogmatik allmählich zu einer Abspaltung des Rechtswidrigkeitsbegriffes von dem Gedanken subjektiven Ungehorsams gegen

---

420) Vgl. S. 35/36 in und bei Anm. 28; ferner S. 49. Vgl. auch neuerdings Berges, Dt. Strafr. 1934/241, wenn er sagt: „Hätte es da nicht näher gelegen, für den rechtswidrigen Angriff gerade bei der Notwehr nach einer unter Umständen spezielleren Ausgestaltung der Rechtswidrigkeit zu fahnden?"

421) Vgl. a.a.O. S. 25.

422) Vgl. ebendort, S. 25/31.

das Recht führt. Er belegt das mit den gewaltsamen Lösungsversuchen Thons und Fernecks und widmet sich dann eingehend der Lehre Bindings. Er zeigt, wie Binding zwar gleich Merkel das strafbare Unrecht nur als zurechenbaren Ungehorsam erfaßt, entgegen Merkel aber das nicht schuldhafte Unrecht nicht lediglich als eine die Rechtswelt gleichgültig lassende, natürliche Veränderung der Außenwelt ansieht, sondern für das außerstrafrechtliche Gebiet anerkennt. Die Beziehung zum Recht stellt Binding dadurch her, daß er das schuldlose Unrecht als ein Gerichtetsein wider ein subjektives Recht auffaßt. Damit wird ihm Rechtswidrigkeit zur Berechtigungswidrigkeit. Diese beiden Unrechtsbegriffe, den deliktischen Ungehorsam und den Widerspruch gegen ein subjektives Recht, faßte Binding unter einem weiteren Begriff der Rechtswidrigkeit zusammen, den er ebenfalls als Widerspruch gegen ein subjektives Recht darstellte. Allerdings bedeutete der im Oberbegriff enthaltene Widerspruch gegen ein subjektives Recht nicht mehr das Recht eines einzelnen Bürgers, sondern das staatliche Recht auf Botmäßigkeit (die Norm). So konnte er auf diesem Wege das Wesen des Deliktes erfassen als Widerspruch gegen die hinter dem einzelnen Strafgesetz stehende Norm.

Die von Bindings Normentheorie so ungemein stark angeregte Forschung suchte in der Folge den Inhalt dieser Normwidrigkeit zu ergründen. Das vermochte sie aber nur durch eine bewußt teleologische Methode, durch das Aufwerfen der Frage: „Was kann die Rechtsordnung vernünftigerweise mit ihren Verboten bezwecken?“ [423]). Da die Normen dem Schutze von Lebensinteressen und -gütern dienten, konnte ihr Inhalt und damit ihre richtige Auslegung nur ermittelt werden durch Bewertungen dieser Güter und Interessen.

Die teleologische Methode führte nun auf dem Gebiete des Strafrechts zu der Scheidung von Rechtswidrigkeit und Schuld. War bei Binding noch das schuldhaft-rechtswidrige Delikt der Mittelpunkt des Strafrechtssystems, so mußte bei der teleologischen Fragestellung nach dem Schuldinhalt, nämlich der Frage, was vernünftigerweise dem Verbrecher vorgeworfen werden könne, dem Schuldvorwurf der Gegenstand dieses Vorwurfs gegenübergestellt werden. Die Frage nach dem Schuldvorwurf wies dann notwendig hin auf die logisch vorgeordnete Denkform der Rechtswidrigkeit. Diese als logisches Prius mußte dann aber als frei von allen Schuldelementen gedacht werden. „So emanzipierte sich das von rechtlichen Bewertungsnormen minderbewertete Rechtswidrige von seiner Beziehbarkeit auf ein unbotmäßig handelndes Subjekt“ [424]).

In diametralem Gegensatz zu Merkel, der nur in der subjektiven Schuld die Rechtswidrigkeit erblicken konnte, wurde nunmehr nur noch das Objektive als Rechtswidrigkeit anerkannt. „Weit entfernt davon, neben rechtliche Anforderungen an das äußere Verhalten solche des inneren Verhaltens zu stellen und den Widerspruch gegen jene wie gegen diese untern den Oberbegriff der Rechtswidrigkeit zu bringen, usurpierte die äußere Tatseite die Denkform der Rechtswidrigkeit für sich [425]).

423) Seite 29.
424) ebendort.
425) Seite 67.

Diese Abspaltung von Rechtswidrigkeit und Schuld, die sich also aus dem Bemühen um die inhaltliche Erfassung der Normwidrigkeit ergab, war methodologisch deshalb falsch, weil die Normwidrigkeit nicht als Verletzung eines subjektiven Rechts aufgefaßt werden kann. Dies zeigt Gemmingen an Bindings Auffassung vom nichtdeliktischen Unrecht. Binding sagt: „Die praktische Seite meines Eigentumsrechts nimmt ganz die gleiche verkümmerte Gestalt an, mag ein unbekannter Gutgläubiger oder ein Dieb oder der Sturm oder meine eigene Unvorsichtigkeit mir mein Segelboot auf Nimmerwiedersehen entführen . . ." [426]).

Das ist insofern nicht richtig, weil das subjektive Recht als ein Wollendürfen ja überhaupt nicht verändert ist. Im Bindingschen Beispiel ist lediglich die Wirklichkeitsseite des Rechts, also das Regelungssubstrat, verändert, nicht aber die Bedeutungsseite des Rechts [427]).

Richtig ist zwar, daß durch die Vernichtung des realen Substrates auch das subjektive Recht entschwinden kann. (Beispiele Gemmingens: der Unterschlagende kann nach der Tat die Sache einem Dritten weitergeben, der kraft seines guten Glaubens das Eigentum des Geschädigten zum Erlöschen bringt. Ein Brand kann durch die Vernichtung körperlicher Sachen zugleich die an ihnen bestehenden dinglichen Rechte zum Erlöschen bringen.) Das ist aber einmal nicht notwendig und zum zweiten, wenn es geschieht, dem Willen der Rechtsordnung gemäß [428]).

Binding suchte diese Einwände dadurch zu entkräften, daß er sagte, das subjektive Recht sei in der zivilistischen Rechtswidrigkeit zwar nicht unmittelbar verletzt, wohl aber seine Geltung.

In Wirklichkeit ist aber lediglich die reale rechtliche Ordnung verletzt. Sie kann unmittelbar verletzt werden, nicht aber ein subjektives Recht [429]).

2. Die neue Auffassung.

Wir können es dahingestellt sein lassen, ob die bisherige Einteilung schon auf Grund solcher rein dogmatischen Erwägungen als unrichtig erwiesen werden kann. Vom Standpunkt der neuen Rechtsauffassung zeigt sich die Unmöglichkeit einer Beibehaltung der bisherigen Terminologie, wenn wir zeigen, wie sehr die einseitige Einschränkung des Rechtswidrigkeitsbegriffes auf die äußere Tatseite die natürliche Folge einer rein liberalistischen Strafrechtsauffassung war. Auch diese entscheidende

---

426) Normen I S. 301.

427) Gemmingen, S. 27.

428) Vgl. Seite 27: „Notwendig ist dies nicht. Und weiterhin: wo infolge Veränderung des Regelungssubstrates eine Veränderung in der rechtlichen Bedeutungswelt eintritt, da geschieht diese Veränderung ja keineswegs entgegen, sondern gerade gemäß der Rechtsordnung."

429) Vgl. a.a.O. S. 28. In diesem Zusammenhange ist auch noch Berges „Der gegenwärtige Stand der Lehre . . ." zu erwähnen. Er spricht auf S. 80/81 davon, „daß es sich bei der formellen kriminellen Rechtswidrigkeit keineswegs ausschließlich um die Verletzung einer objektiven Bewertungsnorm, sondern gleichzeitig auch um ein dem Rechtswillen zuwiderlaufendes zielgerichtetes Verhalten handeln muß".

Betrachtungsweise findet sich bei Gemmingen schon angedeutet, wenn er sagt: „Die alte Lehre Kants, wonach das Recht nur Legalität, nicht Moraliät, d. h. nur äußeres, nie inneres Verhalten verlange, wirkte unter Bekämpfung naturrechtlicher Ethizismen dazu mit, daß nur noch das äußerlich störend in Erscheinung tretende Verhalten unter der Denkform der Rechtswidrigkeit gedacht wurde" [430]).

Wir müssen diesen Satz allerdings insoweit verbessern, als Gemmingen in der genannten Betrachtungsweise nur eine von vielen Ursachen sieht, die „mitwirkte" an der Einengung des Rechtswidrigkeitsbegriffes, und müssen feststellen, daß diese liberalistische Trennung von Legalität und Moralität die wesentlichste Ursache der erwähnten Entwicklung ist.

Festzuhalten ist jedoch, daß gerade die Arbeit Gemmingens uns die wahre Bedeutung des Rechtswidrigkeitsbegriffes richtig gezeigt hat, und daß es nicht darauf ankommt, dem bisher herrschenden Begriff der objektiven Rechtswidrigkeit einen rein subjektiven gegenüberzustellen und damit ins andere Extrem zu verfallen [431]).

Die rationalistische Auffassung des Rechts führte dazu, daß die Pflichtvorstellung gänzlich aus dem Begriff der Rechtswidrigkeit verschwand und parallel auch der Handlungsbegriff vom Willensinhalt des unrecht Handelnden vollkommen entleert wurde und lediglich noch Bedeutung hatte als Glied in der Kette des Kausalablaufes.

Wie der Staat im 19. Jahrhundert zum „bürokratischen Apparaturstaat" [432]) entartete, der jede größere persönliche Initiative erstickte, so wurde im eigentlichen Unrechtsbegriff dem Willensinhalt keine Bedeutung mehr zuerkannt. Der Handlungsbegriff wurde jedes Inhalts bar und sank herab zu dem blutlosen, formalen Schema eines irgendwie gearteteten äußeren Verhaltens. „Die Persönlichkeit des Menschen, die durch ihre Richtung- und Sinngebung dem kausalen Geschehen in gleichsam stetiger Wiederholung des Schöpfungsaktes Leben einhaucht, ist für das materialistisch und rationalistisch eingestellte Denken entweder überhaupt nicht vorhanden oder doch erst in zweiter Linie" [433]).

Erinnern wir uns jetzt an die oben dargelegte Begründung der Lehre von der objektiven Rechtswidrigkeit. Die entscheidende Frage war die, ob es zweckmäßig sei, den Begriff des Unrechts von dem des Rechts als Bestimmungsnorm oder von dem des Rechts als Bewertungsnorm her zu gewinnen. Die Frage wurde im letzteren Sinne entschieden, weil „Endzweck allen Rechts das Streben nach größtmöglicher Befriedigung der größtmöglichen Zahl von Interessen" war und weil dementsprechend die Gewährleistung eines äußerlich geordneten Zusammenlebens der Rechtsunterworfenen als die wichtigste Aufgabe des Rechts erschien. Der gewichtige und gefährliche Einwand der „Subjektivisten", daß bei

---

430) Seite 66.

431) Sehr gut Berges, Dt. Strafr. 1935/443: „Der Weg zur Erneuerung des Rechtswidrigkeitsbegriffes ist somit vorgezeichnet: es gilt für die Rechtswidrigkeit, den Täter auf objektiv gesichertem Boden mit seiner Tat und ihren Folgen in einheitlicher Betrachtung zu erfassen."

432) Vgl. Forsthoff, Totaler Staat, S. 14.

433) Vgl. Berges, Dt. Strafr. 1934/240.

einer solchen Auffassung die nicht zu leugnende Tatsache des Unrechts als einer geistigen Macht einfach ignoriert werde, mußte — sollte die so herausgestellte objektive Auffassung überhaupt tragbar sein — unter allen Umständen widerlegt werden. Wir sahen oben [434]), daß und wie Mezger diesen Nachweis führte [435]).

Die Mezgersche Bestimmung des Unrechts als „Störung einer vom Recht gewollten (gebilligten) Willensbetätigung wahrte zwar die „geistige" Natur des Unrechts, aber nur um den Preis einer einseitigen Verlagerung des Schwerpunktes der Betrachtung auf die Seite des unrecht Leidenden. Die Folge war, daß die durch den Aufbau des bisherigen Strafrechts als Erfolgsstrafrecht bedingte primäre Einstellung auf die Tat noch schärfer hervortrat, während die Betrachtung des Täters, der doch als der Rechtsbrecher eigentlich im Mittelpunkt aller strafrechtlichen Betrachtung stehen sollte, ganz in den Hintergrund rückte.

Wollten wir aber jetzt, um diesen Mißstand liberaler Betrachtungsweise zu beseitigen, den genau konträren Begriff nehmen, würden wir uns eines noch größeren Mißgriffes schuldig machen. Gerade hier beim Aufbau eines neuen Rechtswidrigkeitsbegriffes zeigt sich, wie gefährlich es ist, zu glauben, eine schematische Umwechslung alter Begriffe könnte zu dem richtigen nationalsozialistischen Inhalt führen [436]). Es wäre falsch, nunmehr zu deduzieren: das nationalsozialistische Strafrecht als Willensstrafrecht hat nicht von der Willensbetätigung des unrecht Leidenden auszugehen, sondern einzig und allein von der des unrecht Handelnden. Ein solcher Schluß wäre genau so individualistisch wie der entgegengesetzte und würde allzu leicht mit der völligen Vermischung von Schuld und Rechtswidrigkeit enden [437]). Wir könnten wieder anlangen bei der motivatorischen Unrechtsauffassung, wie sie von Merkel, Hertz und Ferneck vertreten wurde [438]). Die Rechtswidrigkeit wäre dann nichts anderes

---

434) Vgl. Seite 26/27.

435) Interessant sind in diesem Zusammenhang die Ausführungen von Berges (Dt. Strafr. 1935/442), der darauf hinweist, daß zwar die geistige Wirksamkeit des Rechts als Selbstverständlichkeit galt, aber vom Boden einer objektiven Unrechtsauffassung aus scheinbar nicht nachzuweisen war. Er spricht direkt von einer „offenen Krise", in der sich lange Zeit die Lehre vom objektiven Unrecht befunden habe, einer Krise, die erst durch Mezgers geniale Formulierung beendet worden sei.

436) Vgl. oben Seite 74.

437) Berges geht neuerdings sogar so weit, der objektiven Rechtswidrigkeitslehre den Vorwurf der Vermischung von Schuld und Rechtswidrigkeit zu machen. Er sagt (Dt. Strafr. 1935/447): „Tatsächlich kann der „objektiven" Rechtswidrigkeitslehre der Vergangenheit der Vorwurf der „Schuld-Rechtswidrigkeitskonfundierung", mit dem sie selbst ihre Gegner bei jeder sich bietenden Gelegenheit verfolgte, nicht erspart bleiben. Wer die Rechtswidrigkeit ausschließlich auf die Bewertungsfunktion der Norm gründen will, entzieht ihr damit jeglichen Seinsgehalt!" Er sucht seine Behauptung an Hand von Kelsens reiner Rechtslehre nachzuweisen. Damit entzieht er aber dieser Behauptung selbst die Grundlage. Denn wir sahen oben (S. 23/24), daß die Normlogik Kelsens von der herrschenden objektiven Rechtswidrigkeitslehre gerade abgelehnt wurde.

438) Vgl. dazu oben Seite 20, 21/22 und 22/23.

mehr als die Auflehnung eines einzelnen Willens gegen das (vernommene) Gebot oder Verbot der Rechtsordnung [439]).

Mit einer einfachen Umkehrung der Begriffe kommen wir also nicht weiter. Das völkische Strafrecht bedarf eines Rechtswidrigkeitsbegriffes, der trotz der Anknüpfung an den Willen des Rechtsbrechers seinen wesentlichen Gehalt in der Gemeinschaftsbezogenheit findet. Ein solcher Rechtswidrigkeitsbegriff gründet auf der Treupflicht des einzelnen Volksgenossen gegenüber der Volksgemeinschaft. Er stellt den Gedanken der Pflichtwidrigkeit wieder an die ihm gebührende Stelle [440]). Dieser dem Begriff der Rechtswidrigkeit immanente Verstoß gegen die Pflicht ist nicht das persönliche, innere Verpflichtetsein des einzelnen, das bisher bei der Schuldfeststellung zugrunde gelegt wurde, sondern es ist — wie wir mit Berges sagen können — „das bloße Haben einer Verpflichtung zu normgemäßem, äußerem Verhalten, das der Teilhaberschaft an der völkischen Rechtsgemeinschaft entspringt" [441]).

Der Begriff der Rechtswidrigkeit enthält damit einen neuen Inhalt, den Gemmingen in Fortführung seiner schon erörterten Arbeit [442]) klar formuliert, einmal als „Angriff auf den äußeren Bestand rechtlichen Geordnetseins" und zweitens als „Angriff auf den inneren (d. h. seelisch-erlebnismäßigen Bestand rechtlichen Ordnungswillens".

Damit hat Gemmingen die früher von ihm „Anforderungswidrigkeit" und „Substratwidrigkeit" genannten Seiten der Rechtswidrigkeit in einer dem neuen Rechtsdenken angemessenen Weise vertieft. Die Anforderungswidrigkeit als Verstoß gegen Anforderungen an den Willen genügt ihm wegen ihres noch zu formalen Charakters nicht mehr. Den Begriff „Substrat rechtlicher Regelung" hält er nur vom Standpunkt des überkommenen Normdenkens für richtig und setzt dafür die Auffassung des Rechts als „geordneten Zustands", als „konkrete Ordnung" [443]).

---

439) Gemmingen vermied einen solchen Rückfall und wies bei der Konstruktion seiner „Anforderungswidrigkeit" schon darauf hin, daß damit noch in keiner Weise etwas darüber gesagt sei, inwieweit das „Psychische im Pflichtsubjekt am Unrecht beteiligt sei". „Pflichtwidrigkeit ist weder ein besonderes psychologisch faßbares Phänomen menschlicher Motivation noch überhaupt irgend etwas das Subjektverhalten greifbar Berührendes. All diese Vorstellungen werden dem rechtlichen Pflichtbegriff nicht gerecht und bewegen sich in Parallelismen einerseits aus der Psychologie, andererseits aus der Welt absoluter Pflichten" (S. 24). Von diesem Pflichtbegriff aus konnte Gemmingen das schädigende Verhalten eines Geisteskranken zwanglos als Unrecht werten.

440) Vgl. auch Berges, Dt. Strafr. 1935/444: „Der deutsch-rechtliche Pflicht- und Gemeinschaftsgedanke mit seiner Vorstellung von der Einheit von Pflicht und Recht wirft neues Licht auf die Lehre von der Rechtswidrigkeit". Vgl. ferner S. 452: „Als Rechtsverwirklichungsmittel nimmt der gesetzliche Imperativ wesentlichsten Anteil am Aufbau des Rechtswidrigkeitsbegriffes. Ohne den Gedanken der Pflichtwidrigkeit wird man in Zukunft einen selbständigen Rechtswidrigkeitsbegriff nicht aufrecht erhalten können."

441) Vgl. Dt. Strafr. 1935/448.

442) Vgl. Dt. Strafr. 1935/108.

443) Im Anschluß an C. Schmitt, Über die drei Arten . . .

Das Ergebnis für den Rechtswidrigkeitsbegriff faßt er in dem Satz zusammen: „Die Rechtswidrigkeit kann nicht in ihrer Eigenschaft als ein formaler Verstoß gegen ‚Anforderungen' an den Willen erfaßt werden (Anforderungswidrigkeit), sondern muß erfaßt werden als ein Angriff auf das Recht in seiner Eigenschaft als ‚konkrete Ordnung' in einem gegenüber dem ‚Substrat rechtlicher Regelung' erweiterten, auch die erlebnismäßigen Elemente rechtlichen Einordnungswillens des einzelnen Volksgenossen, also die Rechtsgeltungssubstanz umfassenden Sinne" [444]).

Gemmingen scheut sich nicht, auch die letzte Konsequenz der Auffassung zu ziehen, daß im Willen des Täters der regelmäßige Ausgangspunkt für eine Gefahr der konkreten Ordnung liegt. Denn auch für den Fall, daß einmal ausnahmsweise eine solche Gefahr nicht nachgewiesen werden kann, wenn also weder der äußere Bestand rechtlichen Geordnetseins noch der innere Bestand rechtlichen Ordnungswillens angegriffen ist, verlangt er Bestrafung des Rechtsbrechers. Und zwar deshalb, weil „die Strafe in tiefstem Grunde Ausdruck der Mißbilligung für Schuld ist" [445]).

Aus diesem Grunde hält er es für richtig, den verbrecherischen Willen wegen seiner Schuldhaftigkeit „rechtswidrig" zu nennen. Die bisher herrschende Lehre allerdings konnte die Schuld als Unterform der Rechtswidrigkeit nicht erfassen. Denn für sie bestand die Aufgabe des Rechts lediglich in der Gewährleistung eines äußerlich geordneten Zusammenlebens, von dem der psychologische Begriff der Schuld streng zu trennen war. Das nationalsozialistische Strafrecht hat die Trennung von Legalität und Moralität endgültig beseitigt und damit der Schuld ihre sittliche Bedeutung zurückgegeben. Sie wird — wie Gemmingen es nennt — wieder echte Rechtsschuld und kann in dieser ihrer Eigenschaft sehr wohl als die im Strafrecht maßgebliche Rechtswidrigkeit bezeichnet werden, da im Einzelfalle zwar ohne objektive Rechtswidrigkeit bestraft werden kann, niemals aber ohne Schuld [446]).

Auf die Schwierigkeiten der Terminologie bei der Unterordnung der Schuld unter einen sehr weiten Oberbegriff der Rechtswidrigkeit weist Gemmingen selbst hin. Mit der Bezeichnung des umfassenden Begriffes als Rechtswidrigkeit entsteht ein Widerspruch zum Sprachgebrauch des bürgerlichen Rechts. Es fehlt ferner eine Benennung für den Hilfsbegriff Rechtswidrigkeit, der eine Beziehung vom gesetzlichen Tatbestand auf den konkreten Vorsatzinhalt ermöglicht [447]).

Die wirkliche Erfassung des wahren Wesens des Willensstrafrechts kann eine andere inhaltliche Deutung der Begriffe Rechtswidrigkeit und

---

444) Gemmingen, Dt. Strafr. 1935/110.

445) Seite 110, a.a.O.

446) Vgl. a.a.O. Der praktische Unterschied dieser Auffassung von der bisher herrschenden zeigt sich am deutlichsten bei der Frage des völlig untauglichen Versuches. Der Schuldvorwurf wird hier erhoben werden, ohne daß ein objektiv rechtswidriges Handeln im Sinne der bisherigen Lehre vorzuliegen braucht. Denn dem Verbrecher kann jetzt nicht mehr allein der Vorwurf gemacht werden, daß er Rechtswidriges getan hat, sondern auch der weitere, daß er Rechtswidriges gewollt hat.

447) a.a.O. S. 107.

Schuld nicht zulassen. Die Leitsätze des Reichsrechtsamts der NSDAP und die Ergebnisse der zweiten Lesung der Amtlichen Strafrechtskommission des Allgemeinen Teils des kommenden Strafrechts zeigen deutlich, daß auch an maßgebender Stelle diese Auffassung vertreten wird bzw. sich durchsetzt. Hatte noch in der ersten Lesung der Bericht der Strafrechtskommission [448]) von „Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen" gesprochen, so spricht er nunmehr [449]) vom „Ausschluß der Strafbarkeit". Man wollte zunächst sogar nur den Namen „Schuldausschließungsgründe" wählen und zwar aus dem Gedanken heraus, „daß Schuld und Rechtswidrigkeit eine Einheit bilden, in der die Schuld das überwiegende Element darstellt, daß mit anderen Worten die Rechtswidrigkeit für die Betrachtungsweise eines in erster Linie auf die Bekämpfung der Willensschuld gerichteten Strafrechts in der Schuld aufgeht" [450]).

Man konnte bei dieser Auffassung einem die Rechtswidrigkeit ausschließenden Umstand nur insoweit Bedeutung zumessen, als damit auch gleichzeitig die Schuld entfiel.

Die Kommission glaubte jedoch trotz aller Würdigung einer solchen Auffassung gerade im Rahmen eines Willensstrafrechts und trotz des Vorhandenseins der subjektiven Unrechtselemente, daß die Schuldfrage nur dann gestellt werden könne, wenn eine Handlung zunächst überhaupt einmal von der Rechtsordnung mißbilligt und damit rechtswidrig ist.

Diese Argumentation geht m. E. noch durchaus von dem überkommenen Bedeutungsgehalt der Begriffe Schuld und Rechtswidrigkeit aus. Denn nur dann, wenn man die Rechtswidrigkeit in der Bewertungsfunktion erschöpft sein läßt und die Schuld auf die Bestimmungsfunktion beschränkt, kann man sagen, daß die Schuldfrage erst zu erheben sei, wenn zuvor die Rechtswidrigkeit einer Handlung bejaht ist. Nur bei diesem Sinngehalt der Begriffe Rechtswidrigkeit und Schuld ist jene das unbedingte logische Prius dieser. In der Systematik eines Willensstrafrechts jedoch läßt sich der Rechtswidrigkeitsbegriff in seiner überkommenen Bedeutung nicht mehr halten. Wenn der Wille des Rechtsbrechers zum Ausgangspunkt strafrechtlichen Einschreitens gemacht wird, und nicht mehr allein die Tat, dann darf auch der „teleologische Erklärungsgrundsatz", genannt Rechtswidrigkeit, nicht mehr einzig und allein an der äußeren Tatseite ausgerichtet sein, sondern muß sich notwendigerweise auch am Willen orientieren. Und das kann er nur, wenn er auch die Bestimmungsfunktion als immanenten Bestandteil in sich aufnimmt. Die Schwierigkeiten der Terminologie dürfen nicht dazu verleiten, in der Sache notwendig werdende Änderungen der überkommenen Begriffe vorzunehmen. In dieser Richtung dürften sich auch die Gedankengänge Thierfelders bewegen, der im Anschluß an die oben [451]) wiedergegebene Charakterisierung des neuen Strafrechts bemerkt: „Wenn wir also, was mit größter Vorsicht geschehen muß, die Erkenntnisse, die im Rahmen des geltenden Rechts über Unrecht und Schuld erworben wurden, dem neuen

---

448) Kommendes Strafrecht, Allg. Teil, 1. Aufl. S. 56.
449) wie vor, 2. Aufl., S. 90.
450) a.a.O.
451) Vgl. oben Seite 81.

dienstbar machen wollen, so muß ganz zweifellos eine These — die übrigens schon bisher m. E. nicht richtig war, aber seit Beling die Wissenschaft beherrschte — fallen gelassen werden: die These von der logischen Priorität der Rechtswidrigkeit" [452]).

Der Bericht legt sich jedoch trotz der eben bekämpften Begründung dieser Äußerung in keiner Weise fest. Denn er führt weiter aus, es sei auch für den Fall, daß von Schuld bzw. Schuldlosigkeit gesprochen werden könne ohne das Vorhandensein von Rechtswidrigkeit, aus praktischen Gründen die neutrale Überschrift: Ausschluß der Strafbarkeit vorzuziehen. Es solle vermieden werden, daß der Eindruck entsteht, Notwehr gegen Notwehr sei zulässig.

Der Bericht vermeidet also in anerkennenswerter Weise, daß die erst im Anfang stehende Diskussion dieser wichtigen Frage durch eine voreilige terminologische Fassung ins Stocken gerät. Denn man muß zugeben, daß der Ausdruck „Schuldausschließungsgründe" durch den Inhalt, den er in der bisherigen Auffassung in Lehre und Praxis hatte, leicht zu Mißverständnissen und zu unfruchtbaren Erörterungen Anlaß geben könnte. Die grundsätzliche Ausrichtung des Strafrechts als Willensstrafrecht wird auch in der Wissenschaft zu einem entsprechenden Rechtswidrigkeitsbegriff führen müssen [453]). Es wird wohl nicht mehr möglich sein, zu der Feststellung gedrängt zu werden: „Gerade auf diesem Gebiet wird mit erstaunlicher Ausdauer aneinander vorbei geredet, da eine Verständigung über den grundlegenden Begriff der Rechtswidrigkeit aus Mangel an Literaturkenntnis zumeist nicht für nötig erachtet wird" [454]). Das Vordringen der richtigen Auffassung zeigt sich jedenfalls darin, daß die Kommission es nicht mehr für angängig hielt, Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe einander gegenüberzustellen.

Die Leitsätze des Reichsrechtsamts der NSDAP machen in terminologischer Hinsicht keine Vorschläge, erklären aber eindeutig: „Für eine Unterscheidung von Rechtswidrigkeit und Schuld ist bei der grundsätzlichen Ausrichtung des Strafrechts nach dem verbrecherischen Willen kein Raum" [455]).

---

452) Normativ und Wert . . . ., S. 89 Anm. 2. Vgl. auch dortselbst S. 87: „Wenn wir soeben den Gedanken des Willensstrafrechts einführten, so wird uns jetzt klar, daß es an den Grundlagen des überkommenden Strafrechtssystem rüttelt, nämlich an der Nebeneinanderstellung von Unrecht und Schuld als Wertgrundlage des Strafvoraussetzungskomplexes."

453) Man vergleiche dazu auch die Bemerkungen Mezgers in ZStW. 1935 S. 17: „Diese ‚subjektive Rechtswidrigkeit' des kommenden Strafrechts ist in stärkerem Maße objektiv orientiert als der Gedanke der Schuld, sie ist aber zugleich persönlicher und subjektiver gedacht als die objektive Rechtswidrigkeit alten Stils." Vgl. auch den weiteren Satz: „Es wird die Aufgabe der kommenden Strafrechtsdogmatik sein, das Wesen und die Bedeutung dieses Zwischengebildes zwischen Schuld und objektiver Rechtswidrigkeit näher zu erforschen und weiter zu klären".

454) So Kohlrausch i/ZStW. 23/597 und ihm zustimmend Sauer, Grundlagen, S. 350 Anm. 2.

455) Seite 30. Vgl. auch S. 21: „Pflichtwidrigkeit und Rechtswidrigkeit sind eins."

3. Zusammenfassung.

Wir sahen, daß die bisherigen so verdienstvollen Bemühungen um die Erfassung eines materiellen Rechtswidrigkeitsbegriffes im Ergebnis heute nicht mehr übernommen werden können. Die verwendeten Begriffe beruhen letzten Endes auf dem aufklärerischen Gedanken, daß das Recht eine rationale Regelung äußeren menschlichen Verhaltens darstelle, das dem einzelnen Rechtssubjekt zur Erhaltung seiner „Interessen" und „Rechtsgüter" dient. So weit andere Wege beschritten wurden (Sauer), mußte die Bestimmung schließlich doch eine formale sein. Die äußere „Legalität" eines Verhaltens stand im Mittelpunkt und diente allein zur Begründung des Unrechts. Die innere Pflichtwidrigkeit war als „Schuld" nur noch von sekundärer Bedeutung zur Begrenzung des weit ausgedehnten Bereiches „objektiven" Unrechts. Als letzter suchte 1905 Dohna dem Gedanken der Pflichtwidrigkeit in einer größeren Darstellung Geltung zu verschaffen. Er setzte sich nicht durch. Die nächsten 25 Jahre waren vollkommen von der objektiven Unrechtsauffassung beherrscht[456]. Die Formel Eberhard Schmidts von der Zuteilung der Rechtswidrigkeit zur Bewertungsnorm und der Schuld zur Bestimmungsnorm schien den Zwiespalt zwischen Subjektivisten (Imperativlehre) und Objektivisten endgültig zu überwinden. Doch Gemmingen konnte schon darauf hinweisen[457], daß auch die Einteilung aufgelockert wurde durch die normative Schuldlehre, die auch im Gebiete der Schuld Wertungen aufstellte. Denn sie prüfte, was der menschlichen Willenskraft zugemutet werden konnte und vermochte bei Nichtzumutbarkeit auch den zu entschuldigen, der bewußt gegen die Bestimmungsnorm verstieß.

Erst 1930 setzte das Grübeln wieder ein und Wegner wies auf die tiefe Problematik der beiden Seiten des Unrechts hin. H. Meyer und Engisch behielten bei der Erörterung von Einzelfragen die alte Einteilung nicht bei und Gemmingen schließlich zeigte in größerer Darstellung die ganze Problematik der Lehre auf.

Aber auch in den Reihen der Anhänger der objektiven Unrechtsauffassung mehrten sich die Zeichen einer neuen Zeit. Subjektive Unrechtselemente und objektive Schuldmerkmale wurden anerkannt. Schaffstein weist darauf hin[458], daß die subjektiven Unrechtselemente sich nur zum Teil von der Auffassung des Rechts als Rechtsgutsverletzung erklären lassen. Er zeigt dies an dem Unrechtselment der Bereicherungsabsicht in den §§ 263, 253 und 268 StGB, bei dem Merkmal „Eigennutz" in den §§ 180 und 181a, 257 II, 258 und 259 StGB und schließlich an den eine Gesinnungstypisierung darstellenden Worten „böswillig" im § 134a StGB, „roh mißhandelt" in § 223b StGB und § 1 des Tierschutzgesetzes vom 24. 11. 34. Es sei in diesem Zusammenhang ferner erinnert an die subjektiven Unrechtselemente des Verteidigungswillens (Not-

---

456) Vgl. E. Schmidt ZStW. 49/353, 354: „Die Lehre von der objektiven Rechtswidrigkeit ist durch die Arbeiten von Nagler, Hegler, M. E. Mayer, Sauer, Mezger u. a. unwiderleglich befestigt worden."

457) Rechtswidrigkeit des Versuchs, S. 30/31.

458) Vgl. ZStW. 1935 S. 32.

wehr), der Wahrung berechtigter Interessen (§ 193 StGB), des Erziehungszweckes bei der Züchtigung und der pflichtgemäßen Prüfung der Notstandslage beim übergesetzlichen Notstand[459]). Ebenso gehört die subjektive Versuchstheorie des Reichsgerichts in diesen Zusammenhang, ferner die Tatsache, daß vielfach Schuld- und Unrechtsbestandteile untrennbar verflochten sind. Schaffstein zeigt dies an Beispielen der reichsgerichtlichen Rechtsprechung. [Die Rechtswidrigkeit der Unterlassung bei den unechten Unterlassungsdelikten ist mehrfach von der Zumutbarkeit positiven Tätigwerdens abhängig gemacht, (Vgl. die bekannte Kuppeleientscheidung, RGSt. 58/97), umgekehrt ist der Schuldausschluß nach § 54 StGB von einer Güterabwägung abhängig gemacht worden. (Vgl. RGSt. 66/25.)]

Das Willensstrafrecht des völkischen Staates zertrümmerte die Grundpfeiler der bisherigen Auffassung. Die Richtung, in der sich die Arbeit zu bewegen hat, ist im Vorstehenden aufgezeigt worden. Die wissenschaftliche Arbeit der nächsten Jahre hat die Aufgabe, die neuen Gedanken weiter zu vertiefen und zu ordnen. „Sie wird einen weiten Weg zurückzulegen haben, bis sie durch die Zeit eines völligen Umbruchs hindurchgegangen und zu neuen, festen Grundlagen ihrer Systembildung gelangt sein wird“[460]).

III. Die Funktion der Tatbestände im Willensstrafrecht.

Die Aufgabe der Tatbestände im nationalsozialistischen Strafrecht ist oben[461]) schon mit einigen Worten gestreift worden, um eine grundsätzliche Richtlinie bei der Beurteilung der bisher vertretenen Auffassungen zu gewinnen. Die Darstellung dieser Auffassungen[462]) hat gezeigt, daß sich allmählich die Ansicht durchsetzte, die in den gesetzlichen Tatbeständen „Vertypungen“ des Unrechts sah und sie als „Geltungs- und Realgrund“ der Rechtswidrigkeit erfaßte. Die Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit zeigte, daß das Recht sich nicht allein in der Norm des geschriebenen Gesetzes erschöpfte. Sie gab den Anstoß zu den mannigfaltigen Untersuchungen[463]), die sich bemühten, trotz aller Weltanschaulichen Zerrissenheit einen brauchbaren Rechtswidrigkeitsbegriff zu finden. Die Anwendung dieses materiellen Unrechtsbegriffes blieb allerdings beschränkt auf die Rechtfertigung tatbestandsmäßigen Verhaltens.

Der Nationalsozialismus wird auf den Ergebnissen der bisherigen Tatbestandsforschung weiterbauen, wird aber auch hier aus seinem Wesen heraus neue Rechtsformen und Rechtsbegriffe gestalten.

Die Aufgabe der Tatbestände ist nicht mehr dieselbe wie bisher. Sie sind nicht mehr die einzigen Träger strafrechtlicher Unrechtsbewertung,

---

459) Vgl. oben Seite 52.
460) Vgl. Henkel ZStW. 1935 S. 43.
461) Vgl. oben Seite 11/12.
462) Vgl. oben Seite 55 ff.
463) Vgl. oben Seite 27 ff.

sondern nur noch eine Rechtserkenntnisquelle neben anderen. Oberste Rechtsquelle ist die aus dem Volksgeiste gewachsene völkische Sittenordnung. Gesetz und Richterspruch sind ihr gleichermaßen untergeordnet. Das Gesetz kann nur dieser völkischen Sittenordnung gemäß ausgelegt werden, und der Richterspruch ist nur dann gerecht, wenn er vor ihr zu bestehen vermag. Wir haben oben schon aufgewiesen, wie die aus dem Aufklärungsdenken stammende Trennung von Recht, Sitte und Sittlichkeit die Tatbestände, wie ja überhaupt die Gesetze, zu toten Regeln erstarren ließ und den Richter letzten Endes zur „Subsumtionsmaschine" erniedrigte. Erst die normativ-teleologische Methode im Gebiete des Strafrechts und die Interessenjurisprudenz für das Gebiet des bürgerlichen Rechts suchten hier neue Wege und brachen die Bahn für das nationalsozialistische Denken. Die Bedeutung gesetzlicher Tatbestände wird nicht unterschätzt, aber ihre Aufgabe ist eine wesentlich andere geworden. Sie sind zwar nicht nur unverbindliche Beispiele, an die der Richter sich nicht zu halten braucht; nach wie vor ist der Richter an das Gesetz gebunden. Denn das von der Führung geschaffene Gesetz ist ja, wie wir gesehen haben, der bindende Ausdruck der allein von der Führung zu verwirklichenden nationalsozialistischen Grundsätze. Wenn wir bei dem Ausdruck „Vertypung" bleiben wollen, so können wir nunmehr den Tatbestand bezeichnen als die „Vertypung" der Anschauungen der völkischen Rechtsgemeinschaft. Eine solche Vertypung ist nötig, um die Rechtseinheit und die Rechtskontinuität zu gewährleisten. Nur das geschriebene Gesetz vermag diese Aufgabe zu erfüllen. Es ist in diesem Sinne — wie wir mit Thierfelder [464]) sagen können — „ein ungeheuerer Speicher jahrhundertealter Kulturerfahrung, die immer wieder umgemodelt und mit dem entscheidenden Stempel gegenwärtiger Weltanschauung versehen, von Geschlecht zu Geschlecht weitergegeben wird".

Rechtzeitig hat Henkel [465]) auf die Gefahren aufmerksam gemacht, die sich ergeben, wenn man schematisch das genaue Gegenteil des aufklärerischen Gesetzesabsolutismus, nämlich die völlige Freistellung des Richters vom Gesetz, als das Ideal der neuen Zeit hingestellt hätte. Denn auch die nationalsozialistische Weltanschauung beseitigt nicht vollkommen „die Spannungen und Gegensätzlichkeiten in der Bewertung von Lebenserscheinungen" [466]). Die Bindung an die völkische Sittenordnung allein hätte zwar ein sehr volksnahes Recht ergeben, hätte aber auch dazu geführt, daß „alle die in Deutschland so besonders ausgeprägten stammesmäßigen und landschaftlichen Verschiedenheiten im Recht ihren Ausdruck gefunden hätten". Die mühsam errungene staatliche Einheit wäre von der Vielfältigkeit des Rechts bedroht worden und hätte — wie schon so oft in unserer Geschichte — die Gefahr heraufbeschworen, daß das Recht von den ewigen Feinden deutscher Einheit schließlich wieder gegen den Staat ausgespielt worden wäre.

---

464) Normativ und Wert . . ., S. 170.
465) Vgl. Unabhängigkeit . . ., S. 21/22, 27/28, 30/31.
466) Vgl. Seite 27, a.a.O.

Diese Gefahr der Entwicklung einer „Vielheit von Nationalsozialismen" [467]) wird durch die richtig verstandene Funktion der Tatbestände vermieden, die das Strafgesetz auffaßt als „das unentbehrliche, aber notwendig unvollkommene Auskunftsmittel des Rechtes" [468]). Das Gesetz als Rechtserkenntnisquelle wird deshalb ergänzt durch eine weitere, wichtige Erkenntnisquelle, nämlich den Rechtsgedanken, der im Strafgesetz seinen Niederschlag gefunden hat. Auch er wird zur Grundlage der Bestrafung, soweit eine solche von der gesunden Volksanschauung gefordert wird. Gerade hier zeigt sich, daß jetzt der Gedanke der Vertypung ganz im Strafrecht durchbrechen kann. Die völkische Sittenordnung läßt sich in Vertypungen nie restlos ausprägen. Es wird immer Lebensfälle geben, die sich einem Typus nicht einordnen. Dann muß insoweit der vergröbernde Typus richtig gestellt und neu an der völkischen Sittenordnung ausgerichtet werden.

Die Einsicht in die Grenzen der Leistungsfähigkeit des Gesetzes im allgemeinen und die Ausrichtung des Strafrechts am verbrecherischen Willen im besonderen wird zu wesentlichen Änderungen in der Gestaltung der Einzeltatbestände führen.

Die Tatbestände werden ganz allgemein gesehen zunächst einmal subjektiviert. Dies geschieht dadurch, daß die Schuld ein „sittlich ausgerichtetes Unrechtselement" [469]) in dem Bewußtsein, gegen die völkische Sittenordnung zu verstoßen, enthalten wird. Der objektive Tatbestand bleibt damit zwar bestehen. Er ist aber nicht mehr die einzige Grundlage bei der Beurteilung strafbaren Verhaltens, sondern lediglich der Anknüpfungspunkt. Im Mittelpunkt strafrechtlicher Betrachtung steht nicht mehr die Verwirklichung, sondern das „Verwirklichenwollen eines bestimmten gesetzlichen Tatbestandes" [470]).

Neben dieser grundsätzlichen Veränderung der strafrechtlichen Blickrichtung wird der Einzelaufbau der Tatbestände im Verhältnis zum bisherigen Recht wesentlich gelockert durch die weitgehende Verwendung wertausfüllungsbedürftiger Begriffe [471]) und durch Schaffung ganzer normativer Tatbestände. In dreifacher Hinsicht wird sich diese Normativierung auswirken. Nämlich: „1. durch Aufnahme und Vermehrung normativer Tatbestandselemente in die Einzeltatbestände, 2. durch grundsätzlich normative Ausgestaltung ganzer Tatbestände und 3. durch normative Umschreibung von Tätertypen" [472]).

Über die normativen Tatbestandselemente, die ja auch schon im bisherigen Recht verwendet wurden, braucht nichts mehr ausgeführt zu werden [473]).

---

467) Vgl. Seite 27 a.a.O.
468) Vgl. Leitsätze, S. 28.
469) Vgl. Freisler, K.Strafr.Bes. T., S. 52.
470) Vgl. Mezger DJZ. 1934/100; vgl. auch Freisler, K.Strafr., Allg. T., 1. Aufl. S. 29/30, 2. Aufl. S. 31/32 und 40.
471) Vgl. oben Seite 12.
472) Vgl. Freisler, K. Strafr., B. T., S. 52.
473) Vgl. dazu Freisler, a.a.O. S. 52—57.

Völlig neu ist jedoch die Schaffung normativer Tatbestände und der normativen Tätertypen.

Als normative Tatbestände des Entwurfes stellen sich dar die Beschimpfung der deutschen Vergangenheit, die Beschimpfung des deutschen Brauchtums, die Zersetzung des Fortpflanzungswillens, die Beschimpfung des religiösen Volksempfindens, und die Gefährdung der Arbeitskraft[474]).

Die Tätertypen bedeuten über die sich aus der allgemeinen strafrechtlichen Grundauffassung ergebende Subjektivierung hinaus eine solche des einzelnen gesetzlichen Tatbestandes. Normativ gezeichnet sind die Tätertypen des Volksverleumders, des Mörders und des Totschlägers, überwiegend deskriptiv ausgestaltet ist der Tätertyp des Hehlers[475]). Die Frage, ob und in welchem Umfange eine Vermehrung der Tätertypen erfolgen soll, ist der zweiten Lesung des Besonderen Teils vorbehalten worden[476]). Freisler hält besonders die Prüfung der Frage für wichtig, ob nicht grundsätzlich solche Tätertypen, wenigstens als Kerntatbestände, um die sich der Ausbau eines Abschnitts gruppiert, zu schaffen seien.

---

474) Vgl Freisler, a.a.O. S. 57/58. Freisler sieht mit Recht in diesen Tatbeständen die Auswirkung der Erörterungen über Generalklauseln und darüber hinaus über Generaltatbestände. Freisler hatte bekanntlich die Schaffung zentraler Tatbestände angeregt (vgl. Dt. Strafr. 1935/1 ff.). Dieser Vorschlag wurde überwiegend abgelehnt (zustimmend Krug i/Ztschr. d. Ak. f. dt. R. 1935/98 ff., dagegen Siegert, JW. 1935/892 und insbesondere die Amtl. Strafrechtskommission. Vgl. Allg. Teil, 2. Aufl., S. 212: „Die Beschränkung der einzelnen Tatbestände auf die beispielhafte Verdeutlichung von Generaltatbeständen ist abzulehnen"). Freisler erklärt jetzt auch ganz eindeutig: „Nur beispielhafte Anführung von Tatbeständen ohne Zuerkennung von Normencharakter wiederum ist mit unserer Auffassung der Aufgabenabgrenzung zwischen dem Führer des Volkes als dem Gesetzgeber und dem Richter als einem Organ der Volksführung nicht vereinbar." (Vgl. K. Strafr., B. T., S. 59). Ein Generaltatbestand für das Gebiet der Unrechtsausschließungsgründe, auf das Freisler in seinen Erörterungen (in Dt. Strafr. 1935/S. 32) auch schon kurz hingewiesen hat, findet sich übrigens im chinesischen Strafgesetzbuch von 1912, dessen § 14 lautet: „Handlungen, welche ... nicht gegen die öffentliche Ordnung, gute Sitten und Gewohnheiten verstoßen, sind nicht strafbar." (Vgl. dazu Sauer, Grundlagen S. 376 und ZStW. 35/484). Sauer hielt es — wohl kein Jurist war damals anderer Auffassung — noch für bedenklich, daß das Strafrecht der Moral und der Sitte zu weichen habe. Heute können wir einer solchen Vorschrift gegenüber keinerlei Bedenken mehr haben. Sofern allerdings bei der Strafbegründung auf Generaltatbestände verzichtet wird, muß man es auch bei der Strafausschließung. Denn nur zu sehr könnte im entgegengesetzten Fall darin eine verkappte Bevorzugung der früher allein möglichen „Analogie zu Gunsten" gesehen werden.

475) Vgl. Freisler, a.a.O. S. 59.

476) Vgl. ebendort.

D. Die Rechtfertigungsgründe und ihre Zusammenfassung im nationalsozialistischen Strafrecht.

I. Die Änderungen der einzelnen Rechtfertigungsgründe.

Bevor wir zu der einheitlichen systematischen Erfassung der Rechtfertigungsgründe im Rahmen des neuen Strafrechts übergehen, zeigen wir zweckmäßiger Weise die Änderungen auf, denen die einzelnen Rechtfertigungsgründe unterworfen werden. Es lassen sich dann einheitlich die die Änderung fordernden Gesichtspunkte herausstellen. Die Reihenfolge bei dieser rein äußerlichen Zusammenstellung ergibt sich aus der praktischen Wichtigkeit der einzelnen Bestimmungen. Es werden deshalb in Anlehnung an den Bericht der Amtlichen Strafrechtskommission [477]) die die Notwehr betreffenden Gesetzesvorschläge, sodann die Fragen des Notstandes, des Staatsnotstandes, des Züchtigungsrechtes und schließlich die Einwilligung des Verletzten behandelt.

Die neuen Gesetzesvorschläge über Notwehr und Notstand in der Fassung der zweiten Lesung der Amtlichen Strafrechtskommission lauten:

Ausschluß der Strafbarkeit.

§ a. Wer Notwehr übt, handelt recht.

Notwehr ist die Verteidigung, die nach gesundem Volksempfinden erforderlich ist und ausgeübt wird, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden.

Wer die der Notwehrhandlung gezogenen Grenzen überschreitet, ist strafbar. Die Strafe kann jedoch gemildert werden (§ . . .); in besonderen Ausnahmefällen kann das Gericht von Strafe absehen.

§ b.

Wer im Notstand handelt, wird nicht bestraft.

In Notstand handelt, wer eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht, um eine gegenwärtige, nicht anders abwendbare Gefahr eines erheblichen Schadens von sich oder einem anderen abzuwenden, wenn nicht von ihm oder dem anderen nach gesunder Volksanschauung erwartet werden muß, daß er den Schaden duldet.

Wer die der Notstandshandlung gezogenen Grenzen überschreitet, ist strafbar. Die Strafe kann jedoch gemildert werden (§ . . .); in besonderen Ausnahmefällen kann das Gericht von Strafe absehen.

Die Fassung dieser Bestimmungen unterscheidet sich von denen des geltenden Rechts zunächst einmal dadurch, daß der Notwehrübende „recht handelt", während der Notstandstäter lediglich „nicht strafbar" ist. Das geltende Recht sagt bei beiden Bestimmungen einheitlich: „Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden." Der Entwurf erster Lesung erklärte die Notwehrhandlung für „nicht rechtswidrig", während er bei der Not-

---

477) Vgl. K. Strafrecht, A. T., 1. Aufl. S. 56 ff., 2. Aufl. S. 73 ff.

standsbestimmung in Abs. II unterschied zwischen Fällen, in denen „nicht rechtswidrig" gehandelt wird, und solchen, in denen der Täter zwar rechtswidrig handelt, aber entschuldigt ist.

Der Entwurf erster Lesung ging damit noch ganz von dem überkommenen Sinngehalt der Begriffe „Rechtswidrigkeit" und „Schuld" aus. In der zweiten Lesung hat man diese Differenzierung „für eine Scheinunterscheidung" erklärt, „weil sich die Begriffe Rechtswidrigkeit und Schuld nicht so scharf trennen lassen, daß es gerechtfertigt wäre, Notstandsfälle, in denen die Rechtswidrigkeit, und Fälle, in denen nur die Schuld fehlt, zu unterscheiden".

Darüber hinaus war vor allen Dingen der praktische Gesichtspunkt maßgebend, daß im Einzelfall nur sehr schwer eine Entscheidung darüber möglich sei, ob dem Notstandstäter vom sittlichen Standpunkt aus ein heroisches Ertragen des Notstandes zugemutet werden könne, oder ob die Notstandshandlung positiv zu billigen, also gerechtfertigt im bisherigen Sinne, war. Schon der Bericht der ersten Lesung betonte [478]), daß eine Handlung, die zwar vom rein sittlichen Standpunkt nicht zu billigen sei, aber doch zu „entschuldigen" war, rechtgemäß sei im Sinne von „staats- oder volksgemäß".

Schließlich berücksichtigte man auch, daß die Unterscheidung der einzelnen Notstandsfälle letzten Endes auf dem individualistischen Güterabwägungsprinzip beruht, dessen Wertmaßstab zu äußerlich ist, als daß er allen Lebenslagen sittlich gerecht werden könnte.

Die Kommission hielt es trotz dieser Erwägung doch nicht für angebracht, die Notstandsfälle einheitlich entweder nur als „rechtes" Handeln oder nur als „schuldloses Handeln" zu kennzeichnen. Denn einmal sei es nicht angängig, das Handeln des Notstandstäters, der sich vom sittlichen Standpunkt aus hätte opfern müssen, als „rechtes" zu bezeichnen, andererseits sei die Benennung dieser Fälle als „schuldlos" unvolkstümlich und unvollständig, überdies für die Fälle der bürgerlich-rechtlichen Notrechte (§§ 228, 904 BGB) auch sachlich nicht zutreffend.

Das Handeln des Notwehrübenden wurde als ein „rechtes" zunächst deshalb bezeichnet, um durch dieses positive Wort — gegenüber dem negativen „nicht rechtswidrig" — auf die positive Funktion des in Notwehr Handelnden hinzuweisen, der durch die Abwehr des ihn bedrohenden Angriffs nicht ein irgendwie geartetes Individualrecht geltend macht, sondern den Rechtsfrieden der Volksgemeinschaft wahrt. Ausschlaggebend war, daß dieser das Wesen der Notwehr so treffend kennzeichnende Ausdruck volkstümlich ist, und praktisch Notwehr gegen Notwehr ausschließt.

Gegenüber den in der Kommission laut gewordenen Bedenken gegen die Überlassung der Begründung der Straflosigkeit des Notstandstäters an Wissenschaft und Praxis wies man darauf hin, daß die Beantwortung der Frage, ob der Notstandstäter im Einzelfalle rechtswidrig handele oder nicht, nur für die weitere Frage bedeutsam sei, ob ihm gegenüber das Notwehrrecht bestehe. Zu praktisch unbilligen Ergebnissen kann aber die Verneinung dieser Frage deshalb nicht führen, weil der

478) Vgl. K. Strafr. A. T., S. 66.

durch die Notstandshandlung Betroffene gemäß Abs. II des Notstandsparagraphen auch selbst immer dann die Notstandsbefugnis hat, wenn ihm nach gesunder Volksanschauung nicht zuzumuten war, die Notstandsverletzung zu dulden.

Die Bezeichnung der Notstandshandlung als „nicht unrecht" schließlich wurde abgelehnt wegen des Vorhandenseins positiver Notrechte (BGB) neben den anderen Fällen, in denen das Recht der Notstandshandlung neutral gegenübersteht.

Die sachlichen Änderungen der Notwehrbestimmung gegenüber dem geltenden Recht sind erheblich. Die Einführung des normativen Merkmals der gesunden Volksanschauung wird die Überspannung eines formalen Notwehrbegriffes verhindern. Die Vernichtung eines Menschenlebens zum Schutze eines geringerwertigen Gutes ist unter diesem Gesichtspunkte keine Notwehr, sondern umgekehrt strafbare Tötung. In den bekannten Schulfällen, wie z. B. dem des gelähmten Villenbesitzers, der sein Obst nur dadurch schützen kann, daß er den obststehlenden Jungen vom Baum herunterschießt, ist nach gesundem Volksempfinden eine Notwehrlage nicht gegeben. Ebenso ist bei dem Angriff eines Geisteskranken oder eines Kindes, sofern die Möglichkeit besteht, ein Ausweichen geboten. Ein unehrenhaftes Zurückweichen, das niemand verlangt, kann in einem solchen Ausweichen nicht erblickt werden. Denn der Nationalsozialist darf nie vergessen, daß die Notwehrlage nicht ihm als Individuum ein unbegrenztes Recht gibt, sondern daß auch im Notwehrstande die Erfordernisse des Volksganzen gewahrt werden.

Der neue Zusatz „und ausgeübt wird" regelt die Streitfrage des geltenden Rechts, ob Verteidigungswille erforderlich sei oder nicht[479], unmißverständlich im Sinne des Verteidigungswillens. Auch ohne diesen Zusatz wäre vom Standpunkte des Willensstrafrechtes aus eine andere Stellungnahme nicht möglich gewesen.

Der Notwehrexzeß wurde in zweifacher Hinsicht neu geregelt. Einmal hielt man es nicht für richtig, nur Bestürzung, Furcht oder Schrecken zu berücksichtigen, und zum zweiten nicht, daß in jedem Fall der Überschreitung Straflosigkeit eintreten solle. Grundsätzlich ist deshalb jeder Notwehrexzeß strafbar. Milderung oder Absehen von Strafe ist dem Ermessen des Gerichtes anheimgestellt, das bei seiner Prüfung dem gesunden Volksempfinden entsprechend seine Entscheidung zu fällen hat.

Die Änderungen, die die neue Notstandsbestimmung bringt, sind noch weit umfassender.

---

479) Verteidigungswille verlangen schon im alten Recht die meisten. So das RG. (vgl. RGSt. 54/197, 56/268, 60/262), ferner Lobe, Leipz.K. 1933 § 53 N. 5b, Olshausen § 53 N. 13; Frank § 53 II (S. 162); Liszt-Schmidt S. 198; H. A. Fischer, Die Rechtswidrigkeit 1911 S. 138; Oetker, Vergl. Darstellg., Allg. T. 2, S. 275; Gegner waren: Hegler ZStW. 36 S. 37, Festgabe für Frank I S. 250; Beling, Lehre vom Verbrechen S. 141; Sauer Grundlagen S. 145; Mezger GS. 89/308/9 Lb. S. 235/36; v. Hippel II S. 191 und 213; Grünhut JW. 33/476; Reichel ebend. S. 477; Zimmerl, Zur Lehre . . . S. 67/68.

Noch in Abs. II der Notstandsbestimmung erster Lesung [480]) stand der Gedanke der Güterabwägung im Mittelpunkt. Mit Recht ist in zweiter Lesung von der gesetzgeberischen Ausprägung dieses Gedankens Abstand genommen worden, weil die Minderwertigkeit des durch die Notstandshandlung verletzten Rechtsgutes gegenüber dem bedrohten Rechtsgut zwar in vielen Fällen ein durchaus annehmbarer Maßstab für die Erlaubtheit der Notstandshandlung ist, niemals aber allein maßgebend sein kann [481]). Die in der bisherigen Lehre vertretene Richtung, die den Güterabwägungsgrundsatz mit der Zwecktheorie verband [482]), hat damit ihre gesetzgeberische Verwendung gefunden.

Gegenüber dem § 54 des alten Rechtes, das den Notstand auf die Rettung aus Gefahr für Leib oder Leben beschränkte, sind nunmehr alle Güter notstandsfähig. Der Kreis der schutzfähigen Personen erstreckt sich nicht mehr, wie im geltenden Recht (§§ 52 und 54 StGB) nur auf den Täter selbst und seine Angehörigen, sondern auf jeden Volksgenossen. Damit sind die Mißstände beseitigt, die schon bald nach Inkrafttreten des Strafgesetzbuches von 1871 erkannt wurden [483]).

Die Wissenschaft hatte seitdem in seltener Einmütigkeit auf die Unzulänglichkeit der genannten Bestimmungen hingewiesen. M. E. Mayer drückte diese Erkenntnis in seiner geistvollen Art in den so bekannt gewordenen Worten aus, daß die §§ 52 und 54 StGB nur Zwerge seien, die die gewaltige Materie nicht zu meistern vermöchten [484]).

Mit Bedacht hat die Strafrechtskommission den Begriff der Zumutbarkeit nicht verwendet, weil er rein individualistisch bei der Bemessung einer Zwangslage auf das Erduldenkönnen des Einzelmenschen abstellt. Auch die durch das Recht erfolgende Berücksichtigung einer Zwangslage hat ihre Grenzen am übergeordneten Interesse der Gemeinschaft. Deshalb wird einmal verlangt, daß „nach gesunder Volksanschauung“ unter Umständen die Duldung des Schadens von dem in Notstand befindlichen „erwartet“ werden muß, und weiter, daß die Gefahr eines „erheblichen“ Schadens vorhanden ist.

Im übrigen hat die weite Fassung der Notstandsvorschrift den Vorteil, daß sowohl die bürgerlich-rechtlichen Notrechte (§§ 228, 904 BGB) als auch die vom Reichsgericht entwickelten Fälle des bisher so genannten „übergesetzlichen Notstandes“ mitumfaßt werden [485]). Auch die Abwehr von Tierangriffen ordnet sich dieser Bestimmung ein. Der Rassehund, der mit einem Stück Fleisch davonläuft, kann nicht einfach niedergeschossen werden. Widersprüche mit dem Notwehrrecht ergeben sich nicht mehr. Denn auch das Kind, das sich mit dem Fleisch entfernt, darf in Ermangelung anderer Mittel nicht niedergeschossen werden. Ein Notwehrrecht ist hier nach gesundem Volksempfinden nicht gegeben. Ebenso wer-

---

480) Vgl. K. Strafr. A. T. 1. Aufl. S. 63.
481) Vgl. K. Strafr. A. T., 2. Aufl., S. 153.
482) Vgl. oben Seite 48 ff.
483) Vgl. Berner, Lehrb. d. dt. . . ., 5. Aufl. 1871, S. 139, und Janka, Der Notstand, 1878, S. 238 ff.
484) Vgl. Lehrb. S. 302.
485) Vgl. dazu oben Seite 50 ff.

den die Fälle der Pflichtenkollision und des Handelns im Interesse des Verletzten einwandfrei erfaßt.

Lediglich die Unterbrechung der Schwangerschaft soll in einer besonderen Bestimmung geregelt werden und zwar innerhalb des Tötungsabschnittes im Anschluß an die Abtreibung. Sie wird etwa lauten:

> „Eine Abtreibung liegt nicht vor, wenn ein Arzt mit Einwilligung der Schwangeren eine Schwangerschaft abbricht, weil es nach den Regeln der ärztlichen Kunst zur Abwendung einer auf andere Weise nicht abwendbaren ernsten Gefahr für das Leben oder die Gesundheit der Mutter erforderlich ist“ [486]).

Das Ergebnis, zu dem das Reichsgericht in seinen bahnbrechenden Entscheidungen [487]) gelangt ist, wird durch diese Bestimmung im wesentlichen übernommen. Im Sinne der einschränkenden Entscheidung im 62. Band wird der Eingriff nur einem Arzt gestattet und nur dann, wenn die Schwangere einwilligt. Das objektive Vorliegen der medizinischen Indikation allein gibt keinen Rechtfertigungsgrund im Sinne dieser Bestimmung. Der Nichtarzt handelt bei Vorliegen aller anderen Voraussetzungen (medizinische Indikation und Einwilligung) rechtswidrig. Damit wird Mißbräuchen ein Riegel vorgeschoben. Aber auch der Arzt handelt nur bei Einwilligung der Schwangeren dem Rechte gemäß, falls er nicht „nach den Umständen außerstande war, die Einwilligung der Schwangeren einzuholen, ohne ihr Leben oder ihre Gesundheit ernstlich zu gefährden“ [488]).

Besondere Vorschriften über Staatsnotwehr und Staatsnotstand sind nicht aufgenommen worden. Damit sollte nicht zum Ausdruck kommen, daß Nothilfe zugunsten des Staates genau so möglich sei, wie für einen „anderen“ im Sinne der gesetzlichen Bestimmungen, sondern es sollte gerade im Gegenteil dargetan werden, daß diese Bestimmungen auf den Staat nicht ohne weiteres anwendbar sind. Der Staat ergreift im gegebenen Falle die Maßnahmen zu seinem Schutze selbst. Er verlangt zwar, daß jeder einzelne im Falle der Gefahr sich für ihn einsetzt. Die Fälle dieses Einsatzes bestimmt jedoch die Führung. In Lagen, in denen zur Abwendung einer drohenden Gefahr ein einzelner Volksgenosse oder eine Parteistelle nicht mit den zuständigen staatlichen Instanzen Fühlung nehmen kann, treffen sie die ihnen erforderlich scheinenden Maßnahmen auf eigene Gefahr. Der Bericht zweiter Lesung [489]) bringt zur Veranschaulichung das Beispiel des Spions, den ein Volksgenosse mit wichtigen Staatsgeheimnissen über die Grenze eilen sieht. Er kann ihn zwar niederschießen, ist aber in vollem Umfang strafrechtlich haftbar, wenn er sich geirrt und einen Unschuldigen getötet hat. Ausdrücklich wird erklärt, daß die Grundsätze der Putativnotwehr oder des Putativnotstandes für diese Fälle nicht zur Anwendung gelangen. Die Absicht allein, den Staat zu

---

486) Vgl. K. Strafr. A. T., 1. Aufl. S. 65.
487) RGSt. 61/242, 62/137.
488) Vgl. K. Strafrecht, Bes. T. S. 264/65.
489) Vgl. K. Strafrecht, A. T., 2. Aufl. S. 95.

retten, schützt nicht vor Strafe. Denn die staatliche Ordnung könnte bei einer Zulassung dieser Grundsätze allzu großen Schaden leiden[490]).

Eine besondere Vorschrift über das Züchtigungsrecht an fremden, ungezogenen Kindern ist nicht aufgestellt worden, weil nach Ansicht der Kommission diese Frage in einer umfassenden Vorschrift des Körperverletzungsabschnittes aufgeht, die etwa lauten wird:

„Hat sich der Täter durch berechtigte Entrüstung über das unmittelbar vorausgegangene Benehmen des Verletzten zu der Tat hinreißen lassen, so wird er nicht bestraft“[491]).

Diese Vorschrift trifft also auch für Erwachsene zu. Ein Bedürfnis, weitergehende Züchtigungsrechte gegenüber fremden, nicht der Gewalt des Täters unterworfenen Kindern, insbesondere zu Erziehungszwecken, anzuerkennen, wurde von der Kommission als nicht gegeben erachtet.

Die Züchtigungsbefugnisse gegenüber den in einem Unterordnungsverhältnis zum Täter stehenden Personen, also an eigenen Kindern, an Schülern und Lehrlingen sind nach Ansicht der Kommission nicht im Strafrecht, sondern in den zuständigen Rechtsgebieten (bürgerliches Recht, Gewerbe-Ordnung) zu regeln[492]).

Eine allgemeine Regelung der Einwilligung hat die Kommission nicht für erforderlich gehalten, weil sie sich nach ihrer Ansicht lediglich auf das Gebiet der Körperverletzung erstreckt. Im übrigen hat sie nur in einem auf individualistischem Boden aufgebauten Strafrecht Bedeutung. Im nationalsozialistischen Strafrecht mit der Volksgemeinschaft als maßgebendem Schutzwert kann die Einwilligung eines einzelnen Volksgenossen in eine strafbare Handlung das übergeordnete Interesse der Volksgemeinschaft nicht ausschalten.

Die Bestimmung des Entwurfes über die Einwilligung des Verletzten entspricht dem durch Novelle vom 26. Mai 1933 eingefügten § 226a des geltenden Rechtes:

„Wer eine Körperverletzung mit Einwilligung des Verletzten vornimmt, handelt nur dann rechtswidrig, wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt“.

Das normative Merkmal der „guten Sitten“ verhindert den Mißbrauch dieses Rechtes seitens eines einzelnen.

Gesondert geregelt ist die Frage der Heilbehandlung. Die Bestimmung, die im Abschnitt „Körperverletzung“ geregelt ist, lautet:

„Eingriffe und Behandlungen, die der Übung eines gewissenhaften Arztes entsprechen, sind keine Körperverletzungen, können aber als eigenmächtige Heilbehandlungen bestraft werden“[493]).

Die Behandlung eines Volksgenossen ohne seine Einwilligung wird als Vergehen bestraft, es sei denn, daß „die Einwilligung des Behan-

---

490) Es ist damit gleichzeitig ein Beispiel gegeben für Fälle, in denen auch im Willensstrafrecht der Erfolg ausschlaggebend ist. (Vgl. K. Strafr. A. T., 2. Aufl., S. 86).
491) Vgl. K. Strafr., A. T., 1. Aufl. S. 70 und Bes. T. S. 268.
492) Komm. Strafr. A. T., 1. Aufl., S. 69.
493) Vgl. K. Strafr., Bes. T., S. 270.

delten ohne ernstliche Gefährdung seines Lebens oder seiner Gesundheit vorher nicht eingeholt werden konnte"[494]).

Ein weiterer Fall von Einwilligung ist im § 10a des Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses enthalten:

„Hat ein Erbgesundheitsgericht rechtskräftig auf Unfruchtbarmachung einer Frau erkannt, die zur Zeit der Durchführung der Unfruchtbarmachung schwanger ist, so kann die Schwangerschaft mit Einwilligung der Schwangeren unterbrochen werden, es sei denn, daß die Frucht schon lebensfähig ist oder die Unterbrechung der Schwangerschaft eine ernste Gefahr für das Leben oder die Gesundheit der Frau mit sich bringen würde"[495]).

Die Bestimmung über die Verfolgung berechtigter Zwecke ist im Abschnitt „Ehrenkränkung" enthalten und lautet:

„Tadelnde Äußerungen über wissenschaftliche, künstlerische, gewerbliche oder sonstige Leistungen sind nicht als Ehrabschneidung strafbar.

Das gleiche gilt, wenn der Täter eine ehrenkränkende Behauptung zur Erfüllung einer Rechts- oder sittlichen Pflicht oder sonst zu einem nach gesunder Volksanschauung berechtigten Zwecke aufgestellt oder verbreitet und er sich dabei erweislich in entschuldbarem gutem Glauben an die Wahrheit der Äußerung und an die Angemessenheit des eingeschlagenen Weges befunden hat"[496]).

Die Rechtmäßigkeit des Handelns auf Befehl soll im Verwaltungsstrafrecht und etwa anzuerkennende Amts- oder Berufsrechte in den einschlägigen öffentlich-rechtlichen Gesetzen geregelt werden.

II. Die Systematik.

1. Die Notwendigkeit der Systematik im bisherigen Recht.

Im bisherigen Recht hatte die Fülle der außergesetzlichen Rechtfertigungsgründe eine nach übersichtlichen Gesichtspunkten geordnete Einteilung unabweislich gemacht. Sowohl das Bedürfnis der Rechtsanwendung als auch die Notwendigkeit theoretischer Ordnung verlangten gleichermaßen, daß das Chaos der vielen, gesetzlich nicht geregelten Rechtfertigungsgründe ersetzt würde durch den sinnvollen Kosmos einer Systematik.

Da die gesetzlich geregelten Rechtfertigungsgründe in der Zahl weit geringer waren als die nicht normierten, lag es durchaus nahe, und förderte die Klarheit dieses Problemkomplexes, wenn auch die gesetzlichen Typen der Rechtmäßigkeit in den Bereich der allgemein herausgearbeiteten Richtlinien einbezogen wurden. Praktisch allerdings war diese Einordnung der gesetzlichen Rechtfertigungsgründe in das System ohne wesentliche Bedeutung. Denn all die für die Herausarbeitung der übergesetzlichen Rechtfertigung notwendigen Erwägungen waren bei den gesetz-

494) Vgl. a.a.O. S. 271.

495) Vgl § 14 des Gesetzes vom 14. 7. 1933 in der Fassung des Gesetzes vom 26. 6. 1935 und K. Strafr. A. T., 2. Aufl. S. 96.

496) Vgl. K. Strafr. B. T., S. 288.

lichen Unrechtsausschließungsgründen ja schon vom Gesetzgeber vorgenommen und hatten ihren Niederschlag gerade in dieser gesetzlichen Regelung gefunden. Sie waren Gesetz und als solche maßgebend. Irgend welche Erwägungen allgemeiner Art vermochten die einmal vorhandene Geltung dieser Normen nicht zu beseitigen.

2. Das Problem der Systematik im nationalsozialistischen Strafrecht.

Im nationalsozialistischen Strafrecht sind nun gesetzlich nicht geregelte Rechtfertigungsgründe zunächst nicht vorhanden. Denn alle die Fälle, die bisher übergesetzlich gerechtfertigt werden mußten, sind in der umfassenden Regelung des neuen Strafrechts enthalten. Die weitgehende Fassung der Rechtfertigungsgründe — man denke nur an die eben besprochene Notstandsvorschrift —, ferner die ausgedehnte Verwendung normativer Begriffe, insbesondere des Begriffes der „gesunden Volksanschauung" und schließlich die analoge Gesetzesanwendung werden es ermöglichen, im Rahmen der gesetzlich geregelten Rechtfertigungsgründe neue, Rechtfertigung erfordernde Lebenslagen zu erfassen. Die Fälle, die gänzlich außerhalb des Bereiches dieses weitgefaßten, gesetzten Rechtes liegen, werden nur wenige sein.

Trotzdem darf sich die Wissenschaft mit dieser Tatsache nicht abfinden und muß die Möglichkeit haben, neue, nicht geregelte Rechtfertigungsgründe harmonisch in die Zahl der gesetzlich erfaßten einzuordnen. Es muß deshalb geprüft werden, ob die Prinzipien des „mangelnden" und des „überwiegenden" Interesses als Einteilungsgrundsätze beibehalten werden können, ob also letzten Endes der Rechtsgutsbegriff als Grundlage der Ermittlung der materiellen Rechtswidrigkeit beibehalten werden kann [497]).

Schaffstein hat gezeigt, daß die Rechtsgüterlehre die ältere mittelalterliche und die gemeinrechtliche Auffassung des Verbrechens als Sünde abgelöst und „die Säkularisierung des Strafrechts durch Rationalismus und Individualismus" zum Ausdruck gebracht hat [498]). Er kommt zu dem Ergebnis, daß der Rechtsgutsbegriff eine nur auf dem Boden liberalistischer Anschauungsweise mögliche Rechtsfigur sei, die im neuen Strafrecht keinen Platz mehr habe [499]).

Wir dürfen jedoch trotz alledem nicht vergessen, daß zur teleologischen Erfassung des Sinnes einer gesetzlichen Bestimmung irgend eine zusammenfassende Kategorie — auch im neuen Strafrecht — notwendig ist und daß für diese Kategorie in Ermangelung eines besseren Ausdrucks das Wort „Rechtsgut" doch wohl gebraucht werden darf. Wir müssen uns dabei allerdings immer bewußt sein, daß der Inhalt des von diesem Wort umfaßten Begriffes ein ganz anderer geworden ist und daß gerade der

---

497) Vgl. dazu oben Seite 67 ff.

498) Vgl. Schaffstein ZStW. 1935/101.

499) Vgl. a.a.O.: „Deshalb kann im nationalsozialistischen Strafrecht die Rechtsgüterschutztheorie die systematischen und methodischen Funktionen nicht mehr erfüllen, welche ihr Aufklärung und Liberalismus in ihrem Strafrecht zuerkannt hatten."

Gedanke der Pflichtverletzung wesentlichsten Anteil am Neuaufbau dieses Begriffes nimmt[500]).

Wir haben oben gesehen, da der von Mezger als Systemgrundlage verwendete Begriff des Interesses im wesentlichen dasselbe bedeutet wie der des Rechtsgutes, bei jenem allerdings der Ausgang genommen wird von dem wertenden Individuum. Während der neutrale Rechtsgutbegriff nun durchaus mit gemeinschaftsbezogenen Werten ausgefüllt werden kann, sträubt sich unser Sprachgefühl dagegen, dem Wort „Interesse" einen solchen Bedeutungsgehalt unterzuschieben. Der ganze Begriff ist, auch wenn er als generelles Durchschnittsinteresse gefaßt wird, nur dann sinnvoll, wenn bei der Betrachtung das Individuum in den Mittelpunkt gestellt wird. Das zeigt sich besonders bei dem Gedanken des „mangelnden Interesses", der die Rechtswidrigkeit einer Handlung von dem einzelnen Individuum abhängig macht. Der Satz Mezgers, das im Strafrecht „der Verletzte, der Unrecht Leidende mit seinem durch die Handlung angegriffenen Interesse den Angelpunkt zu tieferem Verständnis[501]) bilde, kann nicht mehr aufrecht erhalten werden.

Die Gesichtspunkte des „mangelnden" und des „überwiegenden Interesses" müssen, so bedeutsam sie innerhalb des individualistisch aufgebauten Strafrechts gewesen sein mögen, im neuen Strafrecht verschwinden.

Zwei Kategorien, die ähnlich wie das mangelnde und das überwiegende Interesse die Rechtfertigungsgründe übersichtlich in zwei große Gruppen einteilen, brauchen jedoch nicht mehr mühsam konstruiert zu werden. Für die richtige Erfassung neu auftauchender Rechtfertigungsgründe im völkischen Strafrecht sind die oben[502]) herausgearbeiteten Richtlinien zur Feststellung der materiellen Rechtswidrigkeit vollkommen ausreichend.

Die weltanschaulichen Grundlagen des Dritten Reiches bilden den eindeutigen Maßstab für die Beurteilung dieser Fälle. Die in den vergangenen Jahrzehnten in langer Arbeit geschaffenen, formalen Richtlinien — insbesondere die Methode der Zwecktheorie — werden auch in Zukunft ein wertvolles Hilfsmittel zur sicheren Ermittlung der vorhandenen Wertungen sein.

Die so scharfsinnigen Versuche, die Unzahl der früher vorhandenen Rechtfertigungsgründe auf einen gemeinsamen Nenner zu bringen, sind nicht umsonst gewesen. Denn die Verbindung dieser formalen Methode mit der nunmehr erreichten einheitlichen Bewertung aller grundsätzlichen Fragen im totalen Staate wird es der Rechtsprechung ermöglichen, ohne gewagte und angreifbare Konstruktionen das dem deutschen Volke gemäße Recht zu finden.

---

500) Das betont ja auch gerade Schaffstein. Vgl. a.a.O. S. 105: „Der Neubau des nationalsozialistischen Strafrechtssystems dagegen hat zum Grundstein die Auffassung des Verbrechens als Pflichtverletzung." Ganz im Sinne des Textes Berges, Deutsches Strafrecht 1935 S. 445: „Der Rechtsgutsbegriff ist auch heute nicht überholt. Er ist aber, was die Vergangenheit verkannt hat, ein durch und durch politischer, d. h. gemeinschaftsbezogener Begriff."

501) Lehrbuch S. 198.

502) Vgl. oben S. 76 ff.

Lebenslauf.

Ich wurde am 12. Dezember 1908 zu Wetzlar a. d. Lahn geboren. Nach dreijährigem Besuch der Volksschule trat ich in die Sexta des dortigen humanistischen Gymnasiums ein, das ich Ostern 1927 nach bestandener Reifeprüfung verließ.

Ich studierte an den Universitäten Marburg, Rostock und zuletzt in Frankfurt/Main. Am 4. März 1933 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung vor der Prüfungskommission des Oberlandesgerichts zu Frankfurt am Main. Ich war bisher am kleinen Amtsgericht (Ehringshausen) tätig, ferner am Landgericht Frankfurt/Main (Zivilkammer, Strafkammer, Staatsanwaltschaft) und bin zur Zeit in Ausbildung auf der Anwaltsstation.

Wilhelm Schmidt.